

UNIVERSIDAD CATÓLICA
SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO



FACULTAD DE DERECHO
LA PROTECCIÓN ESTATAL DE LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA
NATURAL

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

TERESA ISABEL FLORES CHISCUL

Chiclayo, 18 de noviembre de 2014

***LA PROTECCIÓN ESTATAL DE LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN
JURÍDICA NATURAL***

PRESENTADO POR:

FLORES CHISCUL, Teresa Isabel

**Presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de
Mogrovejo para Optar el título de**

Abogado

APROBADO POR:

DRA. KATHERINEE DEL PILAR ALVARADO TAPIA
Presidente del Jurado

DRA. PERLA ARELLANO RODRIGUEZ
Secretario del Jurado

DRA. ROSSANA ESTHER MUGA GONZALES
Vocal del Jurado

RESUMEN

El presente trabajo de investigación estudia a la familia como institución jurídica natural y analiza si la dinamicidad propia del derecho significa un factor relevante en su protección integral o si solo se manifiesta como respuesta a las necesidades de cada época. En el desarrollo de nuestro análisis tomaremos en cuenta la noción de familia como instituto jurídico, su regulación por parte del derecho internacional y nacional, así como las políticas públicas imperantes en nuestro país, dirigidas a su protección y los eventuales peligros que los pensamientos post-modernistas significan para la familia y su regulación por parte del Estado.

ABSTRACT

This research analyzes the family as a natural institution and establish if law is an important factor in its comprehensive protection or if it is addressed in response to the needs of each social, economic, political context. Our analysis will consider the notion of family as a legal institution, the regulation by international and national law and the prevailing public policy in our country aimed at their protection and the potential dangers that postmodernism thinking mean to the family and its regulation by the State.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO 1

LA FAMILIA COMO REALIDAD CONNATURAL A LA PERSONA Y A LA SOCIEDAD..... 1

1.1	La familia como Institución Natural	1
1.2	La familia como principio antropológico: <i>Homo Familiares</i>	4
1.3	La familia como realidad social	7
1.4	La juridicidad propia de la familia.....	9
1.5	Funciones de la familia	11
1.6	Definición de familia.....	13
1.7	Tipología de la familia.....	14

CAPÍTULO 2

EL DEBER ESTATAL DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA.....19

2.1	Análisis de la regulación legal de la familia en el derecho internacional.....	19
2.1.1	La familia como institución jurídica.....	24
2.1.2	La familia como institución que hay que tutelar.....	25
2.1.3	La familia como titular del derecho al bienestar económico y a la seguridad social	25
2.1.4	La familia como principal entorno educativo de los hijos.....	27
2.1.5	La familia como primer entorno de protección al derecho a la educación religiosa de los hijos.....	28
2.2	Análisis de la regulación legal de la familia en el derecho comparado.....	28
2.2.1	Brasil.....	28
2.2.2	Argentina.....	33
2.2.3	Ecuador.....	37
2.3	La visión del estado peruano sobre la familia.....	38
2.3.1	Principio de protección de la familia, promoción del matrimonio y régimen legal de filiación (principio de igualdad de los hijos frente a sus padres).....	43
2.3.2	Principio del reconocimiento legal de las uniones de hecho.....	51
2.3.3	El principio de protección especial de la niñez, adolescencia, maternidad y paternidad.....	54

CAPÍTULO 3

RETOS PARA LA PROTECCIÓN ESTATAL DE LOS DERECHOS DE LA FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.....60

3.1 Crisis y cambios en el desarrollo de la persona y familia en el Ordenamiento Jurídico Peruano.....60

3.2 Políticas Públicas y su influencia en la protección de la familia.....66

3.2.1 Programas Nacionales Multisectoriales.....68

✓ Educación Sexual y Reproductiva.....68

✓ Reproducción Asistida.....70

✓ Programa Nacional de Asistencia Solidaria “Pensión 65”....72

✓ Derecho a la propiedad comunal.....73

3.2.2 Conciliación Familiar y Laboral.....73

3.2.3 Servicios y Políticas Públicas en materia de conciliación familiar....77

✓ Servicios (Guarderías y Lactarios).....77

✓ Políticas.....79

3.2.4 Unión Civil no matrimonial, sobre el Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR.....83

CONCLUSIONES.....99

BIBLIOGRAFÍA.....101

TABLA DE ABREVIATURAS

CAS:	Contrato Administrativo de Servicios
DRE:	Dirección Regional de Educación
MIMDES:	Ministerio de la Mujer y del Desarrollo Social.
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
ONU:	Organización de Naciones Unidas
RENIEC:	Registro Nacional de Identificación y Estado Civil
UCNM:	Unión Civil No Matrimonial
UGEL:	Unidad de Gestión Educativa Local
UNFPA:	Fondo de Población de las Naciones Unidas.
UNICEF:	The United Nations Children´s Fund

INTRODUCCIÓN

Es un hecho que en la agenda política de cualquier Estado, la familia y las relaciones de sus miembros dentro de ella han sido y son un factor importante a considerar al momento de plantear cualquier tipo de programa político. Sin embargo; también es un hecho que la mayoría de las veces, no existe coherencia entre el contenido de las políticas públicas de un Estado con el alto nivel de valoración de la familia o de la persona.

En este punto cabe aclarar que, el único instrumento del que la actividad política se vale para organizar la sociedad en un lugar y tiempo dado, es el derecho, casi todas las decisiones gubernamentales se desarrollan en formas jurídicas, ya sea una ley, un reglamento, un decreto, etc., formas que siempre están subordinadas a principios generales de la ciencia jurídica y a una estructura jerárquica que en nuestro país tiene como máxima expresión legal la Constitución Política del Perú. En ese sentido, el comportamiento político efectivo, tanto de los gobiernos como de las sociedades gobernadas se refleja a través de los diversos instrumentos jurídicos. No es materia de la presente investigación establecer la relación entre política y derecho; por ser un tema vasto; merecería una línea de investigación propia, sólo precisamos que finalmente, es el derecho el que hace operativa toda agenda política.

Ahora bien, que el gobierno de turno aplique políticas públicas propias, que le permiten satisfacer necesidades concretas de la sociedad, es posible gracias a la dinamicidad misma del derecho y de las instituciones que regula, teniendo siempre como criterio-guía la protección integral del ser humano, con ella se busca el reconocimiento de su especial status ontológico en cualquier nivel de actuación pública o privada. Sin embargo, bajo la premisa de que el derecho no es estático, no podemos afirmar que sea posible la deformación de la naturaleza del valor jurídico protegido por el derecho; es preciso resaltar y demostrar que existen realidades inmutables, relaciones, características e instituciones naturales a las cuales el derecho debe mantener como inalienables, entre ellas: la familia.

Entendida la familia como el núcleo de la preservación humana y la primera influencia en la dignificación del hombre y en el desarrollo de su dimensión individual y relacional, se colige la necesidad de determinar si las diversas posturas legislativas de nuestro país fomentan o rechazan la desnaturalización de la familia, es preciso establecer si nuestro ordenamiento jurídico contempla a la familia como una realidad natural y de carácter objetivo o si se trata de una figura sometida a la voluntad humana, ya sea individual o social, si su significado es determinado por las políticas públicas de turno o no.

Ante la afirmación de que la familia es una institución elemental para la sociedad y requiere de intervención estatal para su defensa, nuestro trabajo de investigación precisará los límites de tal protección, la tarea es doblemente difícil porque podría creerse que debe enfocarse en la salvaguarda de las personas integrantes de la familia como sujetos aislados; sin embargo; demostraremos que, el objetivo debe ser alcanzar el resguardo de la familia como institución, por ello, so pretexto del respeto a los llamados derechos humanos, el Estado no puede ni debe interferir en la estructura propia de la familia ni en sus íntimas relaciones familiares. Frente a la mencionada actividad legislativa responderemos a las siguientes interrogantes: ¿Cuáles son sus límites?, ¿Cuándo se dice que el Estado ha invadido la esfera familiar? ¿Es válido amparar la protección de los intereses de cada uno de sus miembros por sobre la familia en su conjunto?

Sin conocer el actual estado de la regulación normativa respecto a la protección de la institución de la familia, no será posible tomar las medidas adecuadas para

contrarrestar los efectos nocivos que pueda tener en la sociedad una concepción equivocada de la misma.

Es por ello que nuestra investigación partirá de rescatar la definición de familia desde un punto de vista natural y antropológico, pues consideramos que todo aquel que quiera encontrar el diagnóstico exacto del Estado en una sociedad tiene que atender primero a la familia. Así, estudiaremos las características, elementos y fines propios que la diferencian de otros grupos sociales y justifican su especial esfera de protección.

En el segundo capítulo de nuestra investigación verificaremos si el marco legal de protección de la familia, tanto en el derecho nacional, comparado e internacional, responde a sus características naturales, teniendo en cuenta sobretudo que la familia y las relaciones entre sus miembros responden a una realidad natural propia del ser humano y por lo tanto universal.

Por último, en el tercer capítulo analizaremos si las políticas públicas aplicadas en nuestro país respecto a la familia responden o no a la noción de familia que contiene nuestro ordenamiento jurídico; si cada persona es miembro de una familia, ya sea como hijo, padre, madre, hermano, abuelo; y dado que las políticas públicas usualmente se elaboran para solucionar problemas concretos, dirigidos a actores sociales concretos, verificaremos si en algún punto, estas políticas públicas, en miras a una atención del individuo como miembro de la sociedad se condice o no con los principios pro-familia que ampara nuestra Constitución.

Para el desarrollo de nuestra investigación haremos uso del método cualitativo en la vertiente de la investigación analítica e interpretativa, estableciendo las relaciones teórico-doctrinarias. Con nuestro objeto de investigación, analizaremos las posturas y teorías que sustentan los temas a tratar de la presente investigación y utilizaremos como técnicas la observación indirecta y el fichaje con fichas bibliográficas, textuales y de resumen, que permitan recoger, organizar y presentar la información extraída de las fuentes primarias.

LA AUTORA

CAPÍTULO 1

LA FAMILIA COMO REALIDAD CONNATURAL A LA PERSONA Y A LA SOCIEDAD

En el siguiente capítulo, esbozaremos algunas definiciones de la familia, a fin de entender el porqué de su especial status de protección en la sociedad.

1.1. La Familia como Institución Natural

Para la conciencia generalizada de la sociedad, la familia es considerada como una institución natural y a su vez, el núcleo de toda sociedad, pues ella es el lugar idóneo en que el ser humano es llamado a la existencia y dentro de la cual puede desarrollarse integralmente.

En ese sentido, Aristóteles la definió como *"la comunidad constituida naturalmente para la satisfacción de las necesidades cotidianas"*¹; reafirmando con ello que la familia es un elemento estructurador natural de la sociedad, siempre presente en ella y que la configura como tal, y que en consecuencia, está formada por una comunión de personas cuya finalidad es la satisfacción de las necesidades de sus miembros. Estas necesidades no son sólo de índole material, sino que tienen una índole de mayor trascendencia en la formación de la persona, pues la familia cubre de manera más satisfactoria las necesidades de afecto, alegría, expansión de la creatividad, aprendizaje de valores, entre otras.

¹ Citado por CORRAL TALCIANI, Hernán, *Derecho y Derechos de la Familia*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2005, p. 23.

Para desarrollar la definición aristotélica, D'AGOSTINO nos explica que la familia es una comunidad de amor y de solidaridad, que no encuentra su fundamento último ni en la ley que le otorga la reglamentación, ni en la utilidad que pueden extraer de ellas sus componentes, sino en la capacidad de amar familiarmente y de fundar sobre este amor una comunidad de vida, considerando que este amor familiar no es distinto, en su estructura del amor, sino que amar es adherirse a la realidad; reconocerla como buena; transcender y vencer las tentaciones y las insidias del solipsismo².

Resaltando el origen natural de esta institución, RODRÍGUEZ señala que la familia es una sociedad natural originada en una unión marital preexistente al Estado o cualquier otra comunidad, y que por sí misma ostenta derechos propios, pues se configura como una comunidad de amor y de solidaridad que resulta insustituible para la transmisión y enseñanza de los valores esenciales que importan el desarrollo y bienestar de sus miembros, y para el bien de la sociedad³.

En la misma línea, BUTTIGLIONE refiere que la familia al ser comunión de personas, es el “lugar de relaciones decisivas, a través de la cual se aprende a reconocer el valor de la persona humana y la comunión que nos liga a ella en todas las circunstancias”⁴.

² Cfr. D'AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la familia*, traducido por Joan Carreras, Madrid, Rialp, 2006. pp.25 - 29. Agrega: “Es una comunidad de solidaridad, en tanto que de las necesidades que surgen de las exigencias del hombre, de un ser que pide amor y puede dar amor, que pide solidaridad y puede dar solidaridad”. Respecto a la influencia del solipsismo en la visión de la familia, JIMENEZ GODOY refiere: “Seguir una línea así, podría hacernos caer en la idea de que es entonces el mundo sólo aquello que imaginamos. Es ésta la línea que cumple el solipsismo de Hume, y no concuerda con la tesis que queremos seguir – constructivista y construccionista –ya que este solipsismo parte de la inexistencia de una realidad, y el constructivismo no. El constructivismo incluye la visión participe del sujeto, y no la inexistencia de una realidad externa.

Coincidiendo con estos autores, partimos de que el observador; es decir, en la familia, en el acto de mirarse a sí mismo, está implicada su percepción, y al pretender descubrirse no podría atisbar esa realidad última porque no existiría, lo que existiría pues, la familia sujeta a ella misma que se observa, ya que es ella la que construye su visión. La familia entonces construye lo que observa, y si lo que observa es a sí misma, se construye a sí misma en relación. La familia está sujeta a lo que observa, ya que lo que observa, ella, es su propia construcción, es decir, atisbaría lo que construye, pero lo que construye lo construye sobre la base de un paradigma o un modelo (Mélích, 1996), sobre la base de un modelo en mente de familia o constructo acerca de la realidad.” JIMENEZ GODOY, Ana Belén. *Modelos y Realidades de la Familia Actual*, Madrid, Editorial Fundamentos, 2005, p. 78.

³ Cfr. RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. *Adolescencia, Matrimonio y Familia: Un Estudio Interdisciplinario*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, p. 27

⁴ BUTTIGLIONE, Rocco. *La Persona y la Familia*, Madrid, Ediciones Palabra, 1999. P. 119. Este autor agrega que: “es preciso aclarar que no toda familia se forma necesariamente por tener algún parentesco consanguíneo, como por ejemplo una pareja con un hijo adoptivo, obviamente la pareja no tiene ninguna

Para BURGOS, al resaltar el carácter natural de la familia no se puede hacer referencia a la espontaneidad, sino a una cuestión de principio. Expresa:

“La familia es una instancia humana y, por tanto, voluntaria, libre, racional y cultural. Las familias no surgen como las setas o los árboles, son el producto de decisiones que se toman en contextos sociológicos determinados y por tanto, están mediadas siempre por la inteligencia y la voluntad individuales y por la cultura. (...)”⁵.

De las concepciones anteriores, se puede colegir que es en la familia donde el ser humano es considerado propiamente como persona, reconociéndosele como poseedor de todos los dones que le han sido atribuidos de acuerdo a su naturaleza. La familia es el lugar propicio para desarrollar las relaciones afectivas primarias y fundamentales que regirán toda la existencia de la persona humana, pues se trata de la comunidad de amor y solidaridad primaria y fundamental que luego dará origen a una comunidad mayor, conocida como sociedad.

Es decir, la sociedad es el reflejo más grande de las relaciones de familia que se viven en su interior; ya que, el comportamiento de los ciudadanos como miembros de una sociedad política, dependerá principalmente de los valores y virtudes inculcados a los integrantes al interior cada familia⁶.

Como también puede apreciarse de las definiciones anteriores, al ser concebida la familia como una comunidad de amor, es éste sentimiento un componente principal de la institución y que estará presente en el *modus operandi* de las relaciones entre cada uno de sus integrantes y que permitirá que la familia cumpla

relación consanguínea, pero sin embargo su unión se debe a un fuerte lazo de amor que lo conlleva a querer formar una familia y para ello optan por adoptar a un niño como hijo propio pero aun así ninguno de los tres integrantes tienen algún parentesco consanguíneo, sino que están unidos por lazos de amor.” Loc. Cit.

⁵ BURGOS VELASCO, Juan. “¿Es la familia una institución natural?” en *Cuadernos de Bioética*, Volumen 16, N° 58, España, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, 2005. p. 368. Agrega este autor: “La familia se diferencia de la persona en que esta nace naturalmente hombre o mujer, es decir, como un individuo subsistente con una naturaleza radicalmente no modificable. La familia, no. La familia no nace, sino que se hace. Es el conjunto de relaciones que establecen el hombre y la mujer en torno al mundo de la procreación; por eso, es inevitablemente una estructura relacional. Esto no quiere decir que la familia pueda ser cualquier cosa, sino que no tiene una esencia de igual modo que la puede tener el hombre.” Loc. Cit.

⁶ Cfr. CASINI, Marina. “La Famiglia: Prima e Vitale Cellula Della Società” *Revista de Investigación Jurídica USAT*, Año 02, Número 03, p. 7. La misma autora, en ese sentido agrega: “Inoltre risulta chiara la funzione pubblica della famiglia, il suo essere risorsa primaria ordinata al bene comune. Ciò significa che sotto il profilo dell’organizzazione e dello sviluppo sociale, il riconoscimento della famiglia come prima e vitale cellula della comunità umana, impone che ad essa si guardi non secondo una concezione meramente privatistica, ma tenendo ben presente il suo ruolo di risorsa sociale.” Loc. Cit.

efectivamente con sus fines tanto para la persona, como también dentro de la sociedad.

1.2 La Familia como principio antropológico: *Homo Familiaris*

Al expresar que la familia es una institución natural se ha resaltado que el ser humano por naturaleza necesita de la familia para comportarse como realmente tal y aprender de ella, todo lo necesario para su desarrollo personal y social.

Ahora, el formular una definición de familia desde la antropología, significa desentrañar la importancia que tiene la familia para el hombre en cuanto persona. De esta manera, autores como CERDÁ y PAOLICCHI definen a la familia desde la Antropología "como un microcosmos que representa a toda la organización social en la que está inmersa, siendo sus funciones fundamentales la cooperación, la socialización, la educación, la reproducción, etc."⁷.

En ese sentido, es en la familia en que se "humaniza" a la persona o en otras palabras, es en el seno de esta institución en que se le enseña a la persona a comportarse y valorarse como tal, respetando su dignidad intrínseca, educando en la libertad y las virtudes y fomentando la solidaridad en sus relaciones al interior de ella⁸.

Corolario de lo anterior, es que en la medida que el núcleo familiar proyecte un ejemplo contradictorio con los bienes que merece la persona en cuanto tal, sus miembros reflejarán esas mismas contradicciones en su actuar dentro de la sociedad y al momento de formar sus propias familias. Es decir, todas aquellas vivencias al interior de la estructura familiar calan hondamente en la formación

⁷ CERDÁ, María Rosa y PAOLICCHI, Graciela. "Desarrollo Humano y Familia". Ficha de Estudio, Materia: Psicología Evolutiva Niñez. p.3 [ubicado el 25. IX. 2013]. Obtenido en http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/obligatorias/054_ninez2/material/familia.doc.

⁸ Cfr. ORTEGA, Félix citado por RAMOS REQUEJO, Ramón. "La Familia como agente de socialización política". *Revista Electrónica Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, N° 09, 1990, p.6. [ubicado el 15.IV.204]. Obtenido en http://www.aufop.com/aufop/uploaded_files/articulos/1227734105.pdf. : El mencionado autor agrega: "A la familia le corresponde a través del proceso socializador, 1. Dotar al individuo de una actividad con carácter casi natural, cohesionado por la lógica que se desprende del saber positivo; 2. Construir la personalidad individual con una naturaleza homóloga de lo social; 3. Conferir al orden social una cobertura axiológica que lo mantenga protegido de convulsiones y conflictos. Todo ello puede sintetizarse en un objetivo: producir el tipo de hombre medio disciplinado."

personal de cada integrante; de tal manera que, cada uno de sus miembros aprende a “ser persona” de acuerdo al modo en que se le enseñó a ser en esta comunidad primigenia que es la familia.

En la familia, como comunidad primaria, se evidencia el adecuado tratamiento al ser humano, en cuanto digno y no tan sólo como parte de una colectividad. Así, cada miembro es reconocido en tanto su valor intrínseco y es querido como un bien en sí mismo, formando una especie de comunidad de pertenencia, puesto que, a cada miembro se le trata como merece su condición de ser humano por formar parte de una comunidad humana⁹.

Sin la familia, el ser humano no podría desarrollarse como tal en la sociedad, ocasionándosele un grave e irreparable daño sólo comparable a una crisis en la conservación de su propia especie¹⁰. Es por tanto, la realidad social más cercana al origen del ser humano, constituyendo para él una comunidad de vida y de pertenencia. La familia se constituye como la primera y más determinante experiencia de una *morada humana*¹¹.

Debido a la innegable importancia de la familia para la persona, autores como PERIS han afirmado que el hombre es un *Homo Familiaris*. Así, da por sentado que:

“La persona humana es, antes que un ser-social, un ser-familiar. Esto quiere decir que la vida social emerge en la vida de la persona como una dimensión constitutiva de ella gracias a su estructura y consistencia “familiar”. Es cierto que la familia es una modalidad de realización de lo social. Pero “lo social” primariamente se vive, se comprende y se expande en el interior de la experiencia humana gracias a la constitución “familiar” de la persona.”¹²

El ser humano es un *ser familiar*, pues no existe una prioridad lógica de “lo social” sobre lo “familiar”, más bien es la propia familia la que da lugar a una zona de emergencia de la persona y de su intersubjetividad constitutiva, donde se entablan diversas relaciones. Entre ellas las relaciones de fraternidad y filiación,

⁹ Cfr. MORANDÉ COURT, Pedro. *Familia y Sociedad: reflexiones sociológicas*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1999. p. 40

¹⁰ Cfr. CÁRDENAS TÁMARA, Felipe. “Antropología y Ambiente: enfoques para una comprensión de la relación ecosistema-cultura” en *Ambiente y Desarrollo: Serie de Investigación*, Vol. V, Bogotá, Editorial de la Pontificia Universidad Javeriana, 2002, p. 136.

¹¹ Cfr. MORANDÉ COURT, Pedro. Op. Cit., pp. 42-43.

¹² Cfr. PERIS CANCIO, J.A. *Diez temas sobre los derechos de familia. La familia, garantía de la dignidad humana*, Primera Edición, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2002, p.10.

que suponen no sólo un cierto lazo biológico, sino principalmente una vivencia afectiva particular.

En suma, la vida social es propiamente “social” por ser familiar, y no a la inversa. Por ello, GUERRA afirma que, *“La familia, a diferencia de muchas otras formas de vida social, es inevitable. Los seres humanos desde nuestro origen, somos y actuamos en-relación, es decir, de modo intersubjetivo”*¹³.

En esa línea de pensamiento, es posible afirmar que la estructura familiar es no sólo formadora, sino constitutiva del ser del hombre, y si ésta es de alguna forma alterada o tergiversada en sus cimientos, se generaría un serio obstáculo para el desarrollo de la identidad personal; y con ello, el aspecto relacional de hombre se vería alterado.

Esto se debe a que la familia, al ser una estructura constitutiva del ser humano, no es un simple ideal que se puede llegar a realizar o no; sino que por el contrario, por intermedio de la familia la vida humana adquiere dignidad, y de allí su inherente necesidad. Sin duda, no se puede concebir a la persona fuera de la dimensión familiar, pues fuera de ella, la persona no puede vivir sin antes ver degradada su propia naturaleza.

Así, bajo este argumento, D’AGOSTINO plantea que la familia, como estructura constitutiva del ser humano, es un principio antropológico, cuya validez queda sustentada en cuatro indicios:

“El primero es un indicio *empírico-fáctico*, que proviene del análisis etnográfico y que nos muestra cómo la estructura familiar está constante e irreduciblemente presente en todas las culturas; el segundo es un indicio *psico-fenomenológico*, que nos enseña cómo el primer tú de cada sujeto es característicamente asimétrico y debe ser individuado en quien al asumir los cuidados del nacido se estabiliza a sí mismo en un rol paterno o materno, y al niño, en un rol filial; el tercero es un indicio *antropológico-estructural*, que muestra cómo, en la experiencia humana, la intersubjetividad —en todos sus niveles— tiende a institucionalizarse, es decir, a crear estructuras sociales dotadas de una identidad meta-individual, y, consecuentemente, indica cómo la intersubjetividad familiar tiende a crear la institución familia; el cuarto indicio, por último, es un indicio *histórico-cultural*, que hace emerger la verdad de la familia después de la quiebra de todos los intentos dirigidos a destruirla”¹⁴.

¹³ GUERRA LÓPEZ, Rodrigo. *La familia en América Latina y el cambio epocal contemporáneo*, 2011, p.15. [ubicado 26.I 2012]. Obtenido en <http://centrodelafamilia.uc.cl/Descargar-documento/1102-La-familia-en-AL-y-el-cambio-epocal.html>.

¹⁴ D’AGOSTINO, Francesco. Op. Cit. p. 261.

Con lo expuesto, queda demostrado que sin familia, la especie humana no es viable, ni siquiera biológicamente. Un niño, una anciana, un hombre enfermo, no se valen por sí mismos y necesitan un hogar donde poder vivir, amar y ser amados, alimentados y cuidados; y sobre todo, acogido. El hombre es un ser familiar precisamente porque nace necesitado y esas necesidades, en todo ámbito, son satisfechas sólo a partir de la familia¹⁵.

1.3. La familia como realidad social

La familia no puede reducirse a la sociedad; sin embargo, la sociedad si encuentra su principal fundamento en las familias que la conforman. Así, lo importante de denominar a la familia como una realidad social es resaltar su aspecto relacional; es decir, el modo en que ésta institución se desenvuelve en la sociedad.

El reconocimiento de la familia como célula básica de la sociedad, *“debe superar el sentido simplemente biológico de la expresión”*¹⁶. Así, debemos considerar, que la familia es una institución que aporta a la sociedad no sólo ciudadanos en cuanto componente numérico de la población, sino que es ella la cuna de los valores fundamentales que luego se vivirán en la sociedad y de otro lado, es también el principal ente receptor de todos los movimientos ocurridos dentro de la sociedad. En ese sentido, si bien la familia aporta los valores o vicios que se vivirán en la sociedad, es también ella la principal beneficiada o afectada de todo aquello que se vive dentro de la sociedad.

Con lo anterior, se rebate aquel argumento que considera a la familia como un componente más de la sociedad, pues de ser así no existiría esta relación de correspondencia e interdependencia entre ambas y en la que, la variable con mayor peso es siempre la familia, pues es ella de la que depende en mayor medida lo que ocurra en la sociedad y la única que, con la cooperación de sus

¹⁵ Cfr. RAMÓN AYLLÓN, José. *Ética Razonada*, 9ª Edición, Madrid, Editorial Palabra, 2012, p. 143. En el mismo sentido el autor señala: “Antes que el ciudadano, el hombre es miembro de una familia. Por eso, la familia es, sin duda, la tradición más antigua de la humanidad. Es, además, el único Estado voluntario que crea y ama a sus ciudadanos, capaz de sobrevivir a todos los avatares de lo que solo es historia política. Si la humanidad no se hubiera organizado en familias, tampoco hubiera podido organizarse en naciones.”

¹⁶ HOFFNER, Joseph. *Matrimonio y familia*, 2ª edición, Madrid, Editorial Rialp, 1966, p. 52

miembros, puede contrarrestar las consecuencias de los problemas que ocurran en aquella.

Así, esta importancia social de la institución familiar ha permanecido en la conciencia de la humanidad desde tiempos inmemoriales. De esta forma, autores como MODESTINO y CICERÓN definieron a la familia como una relación para toda la vida y como principio de la sociedad y semillero de la República¹⁷.

Bajo la misma línea de pensamiento, CORNEJO considera a la familia como "*Una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana*"¹⁸, definición que basándose en la naturaleza del hombre logra mostrar la sociabilidad que éste posee también como elemento característico de la persona humana.

Del mismo modo, PLÁCIDO expresa:

"(...) la familia comprende sólo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación, de tal forma que la familia está compuesta por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad, teniendo este contenido mayor importancia social, por ser un núcleo más limitado de la organización social"¹⁹.

Este autor, destaca en el concepto de familia el componente de complementariedad entre los sexos que la fundan y en consecuencia, quedan fuera de este ámbito las uniones que no cumplan con este requisito.

Por tanto, al reconocer que la familia es una realidad presente y necesaria en toda sociedad; El Estado debe procurar proteger y garantizar la consecución de sus fines y el bienestar de sus miembros en pro del bien común.

La familia es también la célula de la sociedad en el aspecto cultural. Se puede señalar como una ley sociológica que los pueblos con un índice regresivo de nacimiento, si éste es inferior al índice de matrimonios, tienen una cultura decadente. El fundamento profundo está en que uno de los impulsos más importantes para mantener elevados aquellos valores que determinan la altura de

¹⁷ Citados por PERALTA ANDÍA. Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima, Editorial IDEMSA, 2002, p. 29.

¹⁸ CORNEJO CHAVEZ Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, Tomo I, Lima, Editorial Studim, 1982, p.4.

¹⁹ PLACIDO V. Alex F. *Manual de Derecho de Familia: Un Nuevo Enfoque de estudio de Derecho de Familia*, 2da Edición, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2002, p .17

las culturas, es decir, los valores morales y espirituales como fuerzas configuradoras de la vida, desaparece con la decadencia de la familia²⁰.

El que la familia sea la célula vital de la sociedad ofrece la explicación sociológica de antigua experiencia de que el estado de una sociedad, sus íntimas fuerzas vitales y de renovación, se pueden leer en el estado de sus familias. El que quiera encontrar el diagnóstico exacto del estado de una sociedad tiene que atender a la familia. Cuando ésta se encuentra desatendida por la sociedad y despreciada por el Estado, cuando su comunidad está relajada y su base económica existencial es insuficiente, cuando su crecimiento no la repara continuamente y las separaciones matrimoniales van en aumento, entonces estamos ante un síntoma inequívoco de que el cuerpo social se encuentra inmerso en una grave crisis. La historia demuestra suficientemente que la decadencia de la vida familiar es la causa más profunda de la decadencia de los pueblos. La consecuencia de la posición de la familia como célula de la sociedad consiste en que toda verdadera reforma social tiene que radicar en la familia. Toda pretendida reforma social que no atienda a esta ley o que vaya contra ella tiene necesariamente que terminar en un fracaso²¹.

1.4. La juridicidad propia de la familia

La familia, al ser una realidad connatural al hombre; tiene un estatuto jurídico propio, pues es un bien que le corresponde al hombre de acuerdo a su dignidad. Así, la familia es un bien de acuerdo a Derecho Natural²².

Una comprensión del fenómeno jurídico familiar como algo natural e inherente a la condición personal del ser humano mantiene que la familia tiene una juridicidad intrínseca, pues las relaciones entre sus miembros son relaciones de justicia²³.

²⁰ J. MESSNER, *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, Madrid, 1967, p. 620

²¹ Cfr. VIVES SOTO, Leopoldo. "Familia y Sociedad: Construir una Cultura del Amor", *Misión de la familia en la Nueva Evangelización*, Madrid, Edice, 2007. p. 42. Agrega en el mismo sentido: "Consiguientemente, todas las instituciones sociales deben respetar y promover el matrimonio y la familia con sus características propias, originales y permanentes y, por otra parte, evitar y combatir todo lo que la altera y daña. Sólo así la sociedad y el Estado construirán la convivencia sobre unas bases sólidas y harán posible el bien común. (...)". Loc. Cit.

²² BLOCH, Ernst, *Derecho Natural y Dignidad Humana*, Madrid, Edición, estudio preliminar y notas de Francisco Serra traducido por Felipe Gonzáles Vicén, Madrid, Editorial Dykinson, 2011, p. 347

²³ BALLESTEROS citado por PERIS CANCIO, J.A. Op. Cit. pp. 106-107, agrega: "(...) Reinventándose la familia como algo meramente afectivo y privado, se intenta hacer un modelo familiar al gusto de los individuos y sus expectativas subjetivas. Haciendo paréntesis de la lógica del don, se intenta coherentizar la familia desde la lógica del deseo, y el resultado es disolvente" Loc. Cit.

Los derechos de los miembros de la familia son derechos que mutuamente se deben respetar desde el modelo de la comunidad familiar.

En ese sentido, D'AGOSTINO sustenta la juridicidad propia de la familia en la conyugalidad²⁴, como principio intrínseco al matrimonio. Bajo el mismo argumento, VILADRICH señala que, “*su carácter jurídico no procede de una intervención extrínseco del Estado o la sociedad dirigida a concedérselo, sino de un principio intrínseco ligado al compromiso de los cónyuges*”²⁵. Así, es entendida como

“(…) una juridicidad que no tolera colonizaciones y que exige ser defendida vigorosamente; una juridicidad que está en condiciones de salvar la propia afectividad familiar, sustrayéndola a la mera facticidad y a la arbitrariedad de los sentimientos. Una juridicidad, sin embargo, que corre el riesgo de desaparecer, y ser sustituida –colonizada– por una regulación extrínseca, ajena a los principios y exigencias propios de la familia, en caso de triunfar los planteamientos más radicalmente justificadores de la familia, a través de la lógica de la absolutización de la afectividad.”²⁶

Por ello, el Estado, en la figura del legislador, debe saber respetar y promover la juridicidad inherente a lo familiar, sin adulterar su propia lógica. No puede jugar de aprendiz de brujo inventando y favoreciendo nuevos modelos de familia o de matrimonio²⁷.

Desde una perspectiva complementaria, CORNEJO afirma que:

“La familia, célula primera y vital de la sociedad, no es exclusiva ni principalmente un fenómeno jurídico - legal. No es una creación del derecho ni de la ley, que sólo la regulan, sino obra de la naturaleza humana; y se rige a satisfacer necesidades y exigencias inherentes a la persona como ser individual y social. No lo es por su estructura, ni por su funcionamiento, que responden además a exigencias y dinámicas metajurídicas.”²⁸

No cabe duda entonces, que la familia es una institución que nace naturalmente por la sociabilidad del hombre, y que con el pasar de las generaciones ha ido evolucionando tanto en su funcionamiento como en su estructura, dando lugar a

²⁴ D'AGOSTINO, Francesco. Op. Cit. p. 262.

²⁵ VILADRICH, Pedro Juan, *La Familia. Documento 40 ONGs*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, 1ª Edición, Madrid, Editorial Rialp, 1998, p. 36.

²⁶ D'AGOSTINO, Francesco. Op. Cit. p. 55

²⁷ Cfr. MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid, Editorial Rialp, 1996, p. 110.

²⁸ Cfr. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *El Derecho Familiar Peruano*, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2000, p. 07. Este autor agrega: “La familia es la primera sociedad a la que ingresa el ser humano y es la escuela donde se ponen cimientos de su formación, la familia es un complejo de intrincadas imbricaciones, donde confluyen y se interrelacionan factores étnico - culturales, morales y religiosos, económico - sociales, jurídicos, psicológicos y educativos.” Loc. Cit

diferentes estructuras familiares, que hoy en día dan pie para hablar de tipos de familia. De ahí que, la tarea más destacada del Estado es la de posibilitar a las familias que constituyen la comunidad estatal el cumplimiento de las tareas que le son propias por naturaleza²⁹.

1.5. Funciones de la familia

La función de la familia es triple³⁰: i) proveer a sus miembros de los bienes corporales y espirituales necesarios para una ordenada vida cotidiana; ii) la incorporación de los hijos a una comunidad mayor (sociedad); iii) el ser la célula de la sociedad. El rango de la familia, por tanto, está por encima de cualquier otra formación social, incluido el Estado. Pues los fines existenciales y las funciones y responsabilidades fundadas en ella determinan la posición de una comunidad dentro del pluralismo social y jurídico. De aquí que la familia posea derechos naturales con preeminencia al Estado, a cuyo reconocimiento está obligado éste.

De lo descrito, las funciones de la familia a su vez pueden disgregarse en: la función de *satisfacer las necesidades de sus miembros* (afecto, comunicación, supervivencia, atención, socialización, seguridad económica, etc) y la de *protegerlos*, pues no solamente es una escuela de abnegación y de mutua ayuda; sino que la familia es la que asegura la protección del individuo³¹, y el desarrollo de la humanidad, es decir, no solo de los miembros que la conforman, sino de la comunidad entera.

Asimismo, MONTOYA señala que como una de las funciones propias de la familia, aunque no exclusiva, es “la función reguladora de las relaciones sexuales”, con lo cual explica que a través de la historia, las culturas han establecido al matrimonio como el fundamento de la familia, siendo éste el lugar propicio para el inicio y desarrollo de las relaciones intersexuales de la pareja³².

²⁹ Cfr. CONEN Cristián y S. DE GRIMAU, María del Carmen. *La familia ante el siglo XXI: estudio interdisciplinario de la realidad argentina*, Buenos Aires, Instituto de Ciencias para la Familia Universidad Austral, 2000, p. 67.

³⁰ Cfr. EUGENIO CACERES, Santiago. *La familia, clave del desarrollo*, Editora María Isabel Armendáriz, 2007, p. 38.

³¹ Cfr. PARRA BENITEZ, Jorge. *Manual de derecho Civil: Persona, Familia y Derecho de menores*, Editorial Temis S.A, Bogotá, 2002, p. 177

³² Cfr. MONTOYA CALLE, Mariano Segundo. *Matrimonio y separación de hecho*, Lima, Editorial San Marcos, 2006, p. 59.

Por otro lado, ZANNONI, al hablar de familia hace mención a la *unidad de la familia*, aspecto que también puede considerarse como una de las funciones de la familia, en tanto que, la unidad familiar es un distintivo de la convivencia y comunidad doméstica de la que es propia y con ella se determinan los esfuerzos y aportes dirigidos a preservar la integridad del núcleo, ya sea en lo económico y en lo espiritual, es, de por sí, el fundamento y la razón suficiente para tutelar las relaciones que ella crea³³, pues la unidad de la familia es lo que se pretende por todos los integrantes, y los esfuerzos por preservarla dependerá de la comunión que tengan unos con otros y los roles que cada uno individualmente desempeñe por mantener tal unión.

Por su parte, MAZZINGHI reconoce la función de *transmisión de la vida*, señalando que el Estado debe detenerse ante el ámbito de privacidad propia de la familia, pues su pretensión de controlar la natalidad, de ordenar la procreación según normas extrañas al orden familiar o las restricciones excesivas de la libertad matrimonial, serían repugnantes al orden natural y, por lo tanto, las leyes que así lo dispusieran carecerían de la legitimidad indispensable para tener valor de tales. En ese sentido, es preciso acotar que a transmisión de la vida es, pues, no sólo una función propia de la familia, sino un campo dentro del cual las determinaciones competen exclusivamente al hombre y a la mujer unidos en matrimonio, y al Estado sólo le corresponde estimular la procreación en el seno de las familias y desalentar la que pudiera producirse fuera de dicho ámbito³⁴.

En la misma línea, ARMENDARIZ aprecia que la familia posee vínculos vitales y orgánicos con la sociedad, porque constituye su fundamento y alimento continuo mediante su función de *servicio a la vida*, reconociendo que de la familia nacen los ciudadanos, y éstos encuentran en ella la primera escuela de esas virtudes sociales que son el alma de la vida y del desarrollo de la sociedad misma. Así, la familia, en virtud de su naturaleza y vocación, lejos de encerrarse en sí misma se abre a las demás familias y a la sociedad, asumiendo su función social³⁵. Al respecto BAUTISTA señala a la familia como una institución social, por considerar

³³ Cfr. ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil: Derecho de Familia I*, Buenos Aires, Editorial Astrea 2006, p. 17

³⁴ Cfr. MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Derecho de Familia: El matrimonio como acto jurídico*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1995, pp. 44 - 46

³⁵ EUGENIO CACERES, Santiago. Op. Cit. p. 43.

en ella un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco³⁶. Esta función está íntimamente relacionada con la función de transmitir la cultura, de la cual habla MAZZINGHI, diciendo que este es un aspecto de la educación que también resulta irrenunciable para la familia³⁷. Pues, los padres tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos aunque la proclamación de este derecho no excluya la acción del Estado en orden de asegurar la instrucción pública. Esta acción tiene carácter subsidiario, en tanto que no debe tender a sustituir la acción de los padres, sino a complementarla.

1.6. Definición de familia

Para intentar esbozar una definición clara de una realidad tan profunda como la estudiada, ha sido preciso, primero describir su naturaleza y sus funciones. La importancia de tener un concepto claro radica sobretudo en que, a través de lo ya estudiado y de la definición posterior, podremos también identificar qué clase de grupos por más parecidos que sean, no podrán ser denominados “familia” y por tanto, no gozar de sus mismos derechos y nivel de protección en las relaciones entre sus miembros.

El primer rasgo para identificar a un grupo determinado como familia, ha sido la característica de consanguinidad, filiación y alianza conyugal que ha permitido a sus miembros formar, la realidad conocida como hogar³⁸. Sin embargo, como bien es sabido algunos de los miembros integrantes de la familia pueden o no mantener lazos consanguíneos entre ellos; lo que lleva a acotar un hecho trascendente: la familia se ve integrada por miembros que viven y son considerados como parte del grupo familiar, llegando incluso a establecerse relaciones de parentescos mucho más complejas³⁹.

Definir a la familia en la actualidad puede ser mucho más difícil que en otras épocas, debido no sólo a los constantes ataques ideológicos, sino también a la

³⁶ BAUTISTA TOMÁ, Pedro. *Guía Teórico Práctica: Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2007, p. 165.

³⁷ Cfr. MAZZINGHI, Jorge Adolfo. Op. Cit. p. 48.

³⁸ Cfr. MORANDÉ COURT, Pedro. Op.Cit. p. 40.

³⁹ Cfr. CÁRDENAS TÁMARA, Felipe. Op. Cit. p. 136.

pérdida de valoración y contenido en las vivencias sociales; sin mencionar la tan dañina negación del matrimonio como fundamento natural de la familia.

Sin embargo, atendiendo a las características y funciones mencionadas en las páginas precedentes, podemos afirmar que: La familia, en sí misma, es un entramado de relaciones en la que los fundadores de esta institución son los cónyuges, que mediante el matrimonio han comprometido su voluntad a permanecer juntos y abiertos a la vida, para así acoger a los futuros miembros nacidos de esta unión⁴⁰.

1.7. Tipología de la familia

Si bien la familia, tal como la venimos estudiando, es aquella comunidad unida por vínculos de consanguinidad y fundada en el matrimonio, como símbolo de compromiso perpetuo para la generación y educación de los hijos. Actualmente y debido al déficit de valores y crecimiento vertiginoso de conductas sociales contrarias a la dignidad de la persona, se aprecian constantemente la emergente aparición de estructuras sociales que en su esencia y por los lazos que las unen son muy parecidas a la familia como institución natural. Por lo que, analógicamente son llamadas también familia⁴¹.

Al respecto, cabe resaltar que sólo extensivamente puede llamarse familia a aquellas comunidades que no están fundadas en el matrimonio, pero en las que existe un vínculo consanguíneo entre sus miembros y que sólo por esa razón merecen el mismo tratamiento (protección) que se le da a la mencionada institución natural, pues se valora su existencia en cuanto excepción no en cuanto signifiquen un modelo del adecuado desenvolvimiento de las relaciones familiares.

⁴⁰ BERNAL Aurora, *La familia como ámbito educativo*, Madrid, Rialp, 2009, p. 132.

⁴¹ Cfr. DELGADO V. Ana y RICAPA Z., Enrique. "Relación entre los tipos de familia y el nivel de juicio moral en un grupo de estudiantes universitarios", *Revista de Psicología de la Universidad Mayor de San Marcos*, Vol. 13, N° 2, 2010, p.155. : "Según Dughi et al. la familia puede ser vista como un sistema sociocultural abierto, compuesto por individuos que tienen entre sí lazos de parentesco de tipo consanguíneo o de tipo político. Este sistema es capaz de autorregularse, fijarse objetivos a largo plazo y mantener su equilibrio intercambiando continuamente materia, energía e información con su medio ambiente. Ella mantiene su estabilidad a lo largo del proceso de desarrollo porque es capaz de cambiar constantemente, sin dejar de ser ella misma. Tampoco la composición o el número de sus integrantes es inmutable, sino que se modifican con el tiempo, al igual que sus objetivos, sus reglas y sus procesos de control." Loc. Cit.

Al respecto y en el caso preciso de la alegada discriminación por no considerar propiamente familias a las uniones no matrimoniales, PEREZ afirma que:

“(…) nada impide que una familia monoparental se beneficie de todo aquello que por analogía comparte con la familia matrimonial, tomándose nota, al mismo tiempo, de la carencia que en la misma pueden sufrir los hijos con sólo padre o sólo madre, para establecer los adecuados mecanismos de compensación. Decir que todas estas realidades son distintos tipos de familia supone maquillar artificialmente la realidad, en perjuicio de los propios menores.”⁴²

En esta línea de pensamiento, LACRUZ señala que en nuestra sociedad cada vez más libre, individualista y experimentalista, la tipología de variantes familiares aceptadas crece constantemente y tienden a institucionalizarse hasta el punto de que la pretendida garantía constitucional de protección especial de la familia puede dejar de tener sentido jurídico estricto, para abrirse hacia una concepción sociológica de familia⁴³. No obstante, los modelos familiares actuales, dada su flexibilidad y diversidad, han mostrado ser sustancialmente diferentes de aquel otro modelo estático, patriarcal y capaz de sacrificar la singularidad individual en aras del mantenimiento de una estructura heredada, sin embargo, aquellos que pretenden alejarse más de la familia convencional, siguen intentando construir nuevos sistemas intergeneracionales que mantienen una perfecta semejanza con la vieja institución familiar⁴⁴.

En efecto, señala BURGOS, que la antigua y sólida familia nuclear parece que se reduce poco a poco y después se fragmenta en una multitud de pequeños pedazos, como si fueran los resultados de una potente explosión: familias

⁴² PERIS CANCINO, J.A. Op. Cit. pp. 111-112 Agrega: “lo primero que deberían plantearse los gobiernos no es la aceptación lisa y llana del fenómeno, sino la preocupación por la falta de aprecio de su ciudadanía hacia una de las instituciones básicas, muchas veces motivada por un sistema matrimonial cada vez más insulso y contradictorio. Las políticas familiares, deberían ser, en ese caso, una palanca de impulso para la renovación del sentido del matrimonio. Quienes defienden el argumento de que el abandono sociológico del matrimonio debe llevar a la búsqueda del idéntico reconocimiento de otras realidades alternativas, emplean una lógica corrosiva: llevada, por ejemplo, al campo electoral haría aconsejable que, cuando en un Estado el abstencionismo electoral fuera elevado, se diera carácter de expresión de la voluntad ciudadana a las encuestas que realizan las emisoras de radio o TV.”

⁴³ Cfr. LA CRUZ BERDEJO, José Luis y otros. *Derecho de Familia: Elementos de Derecho Civil*. Tomo IV. 4ta Edición. Barcelona, José María Bosch Editor, 2010, p.1

⁴⁴ Cfr. GIMENO COLLADO, Adelina, *La Familia: El desafío de la diversidad*, Barcelona, Editorial Ariel S.A, 1999, p. 21. Esta autora agrega que: “En referencia a ellos, se dice que las familias monoparentales se siguen comparando con el referente de la familia nuclear completa, las parejas sin hijos luchan con todos sus recursos por una adopción nacional e internacional, las parejas homosexuales asumen en muchos casos los más clásicos roles asociados al género, y algunos estudiosos de la familia hablan incluso de familismo, etiquetando así el deseo que manifiestan muchas unidades atípicas de convivencia de ser consideradas oficialmente como familias.”

monoparentales, familias unipersonales, las familias complejas y variadas de los divorciados, las familias de hecho, las convivencias, hasta llegar a las formas manifiestamente patógenas como las uniones homosexuales que algunos se esfuerzan en presentar como algo natural⁴⁵.

Frente a esta situación y dejando por sentado que familia propiamente dicha es aquella ya definida en páginas anteriores, a continuación se mostrarán los “nuevos modelos de familia”, resultado de la influencia de los cambios sociales:

a) *Familia nuclear o familia en sentido estricto*, conformada por la pareja conyugal y los resultantes de su relación. De este tipo familiar surgen, a su vez, otras variaciones como la “familia polinuclear”, entendida como varias familias nucleares con unidad residencial, la “familia nuclear ampliada” que está formada por un sólo núcleo familiar con parientes allegados; y la “familia nuclear incompleta”, en el caso de faltar alguno de los integrantes: por ejemplo viuda con hijos. Según DONATI, la familia nuclear es universal, pero esto no significa afirmar que sea la única forma existente. Significa afirmar que la encontramos como modalidad de referencia empírica significativa en cualquier sociedad humana conocida, prescindiendo de que sea o no el modelo dominante⁴⁶.

b) *Familia amplia y restringida*, es la familia constituida por el conjunto de parientes que conviven en una casa bajo la autoridad del jefe del hogar.⁴⁷

c) *Familia legítima*. Llamada también matrimonial, es aquella que se halla constituida con arreglo a las condiciones del derecho y tiene la protección completa de éste⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. BURGOS, Juan Manuel, “Hacia un Nuevo Modelo de Familia” en *Pensar la Familia: estudios Interdisciplinarios*, Tomo XVIII, Madrid, Ediciones Palabra, 2001, pp. 87 - 88.

⁴⁶ Cfr. DONATI, Pierpaolo, *Manual de Sociología de la Familia*, Pamplona, EUNSA, 2003, p. 31. Este autor agrega: “La familia nuclear es universal, aunque pueda ampliarse, incluso fragmentarse, y asumir otras funciones, considera que ninguna sociedad ha desarrollado hasta hora un modelo institucionalizado que pueda sustituir adecuadamente a la familia nuclear en el cumplimiento de sus funciones.”

⁴⁷ Cfr. ESCARTIN CÁPARROS, María José. *Introducción al Trabajo Social II*, Editorial Agua Clara. España, 1997, pp. 174-175.

⁴⁸ Concepto desarrollado más ampliamente en la Sentencia Colombiana STC. C -595/96 del 06 de noviembre de 1996. {Expediente D-1267} [Ubicado el 15.III 2014]. El texto completo puede ubicarse en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-595-96.htm>. La sentencia concluye que “Puede hablarse de familia legítima para referirse a la originada en el matrimonio, en el vínculo jurídico; y de familia natural para referirse a la que se establece solamente por vínculos naturales. Esta clasificación no implica discriminación alguna: significa únicamente que la propia Constitución ha reconocido el diverso origen que

d) *Familia Ilegítima*. Aquella constituida al margen de las condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico, es decir, que se trataría de un grupo familiar formado fuera del derecho, son las conocidas familias de hecho, con ello se remarca su situación meramente fáctica no recogida por las normas jurídicas, esta familia está conformada por padre y madre e hijos, que viven en la familia sin que el padre y la madre estén válidamente casados⁴⁹.

e) *Familia ensamblada*, en la cual uno o ambos miembros de la actual pareja tiene uno o varios hijos de uniones anteriores. Dentro de esta categoría entran tanto las segundas parejas de viudos, como de divorciados y de madres solteras⁵⁰.

f) *Familia Adoptiva*, integrada por padres, madres e hijos(as) entre los cuales existe una relación de afectividad.⁵¹

g) *Familias monoparentales*. Con sólo un padre o madre e hijos), por el aumento de la soltería, las separaciones y divorcios.⁵²

h) *Familias precoces*. Son las relaciones de convivencia, uniones de hecho o matrimonio entre personas menores de 18 años.

Tal como se afirmó anteriormente, las estructuras familiares que hoy en día han sido incluidas dentro de una tipología, es simplemente por el cambio estructural

puede tener la familia. No hay duda alguna sobre la igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos y sobre cómo esta igualdad comprende a los ascendientes y descendientes.”

⁴⁹ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Derecho Y Derechos De La Familia*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2005, P. 34-36.

⁵⁰ Concepto desarrollado más ampliamente en la Sentencia peruana STC 09332-2006-PA del 30 de noviembre de 2007 [Expediente número 09332-2006-PA/TC]. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.html> “Considerando 8: En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el nomen iuris de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”.

⁵¹ Cfr. CARRIGA CORINA, Margarita, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: un estudio legislativo y jurisprudencial*, Navarra, Aranzadi, 2000. p 35: “El principal efecto tiene carácter positivo: es la creación del vínculo adoptivo entre el adoptado y el adoptante y la familia de éste. Tal vínculo es un vínculo de filiación y produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza, conforme a las disposiciones del Código Civil.” Loc. Cit.

⁵² JIMENEZ GODOY, Ana Belén, Op. Cit. p. 155. “Como familia monoparental se ha entendido aquellos hogares formados por una madre o un padre solos que viven con sus hijos inmaduros (Flaquer, 1999) o aquellas familias en las que solo hay un progenitor que cohabita con los hijos sin la presencia fija de la pareja y en presencia de por lo menos un hijo que no ha alcanzado los 18 años”. Loc. Cit.

que se ha venido dando dentro de la familia como institución natural, y que surgen precisamente por circunstancias de fuerza mayor (como la muerte del padre o la madre), sin embargo ello no quiere decir que la familia pierda su esencia natural o su fundamento, pues el término familia ha expresado una mayor o menor extensión de relaciones, adquiriendo matices diversos en cada realidad.

De esta manera, la familia, por ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia en las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas⁵³.

⁵³ Cfr. BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet. “Análisis de la problemática socio jurídica de los hijos de las familias reconstituidas a la luz del Tribunal Constitucional”, *Jus Jurisprudencia: Comentarios a la jurisprudencia y praxis jurídica*, Lima, Editorial Grijley, 2008, p. 11. La autora considera que esto debe dar lugar a una modificación de los textos legales, a fin de incluir esta realidad familiar en la normativa nacional, así afirma que: “*primer gran paso que se da respecto al reconocimiento de las diversas clases de familia que existen en la sociedad actual, la misma que ha superado la clásica definición de "familia nuclear", impidiendo la vulneración o afectación de los derechos de los miembros de la unidad familiar conformada en las familias recompuestas, extensas o reconstruidas protegiéndolos ante la sociedad y el estado*”.

CAPÍTULO 2

EL DEBER ESTATAL DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA

En el siguiente capítulo delimitaremos el nivel de protección del que goza la familia, tanto a nivel internacional, comparado como nacional.

2.1. Análisis de la regulación legal de la familia en el derecho internacional

En el ámbito del derecho internacional, no faltan normas eficaces que toman en consideración a la familia en su realidad unitaria y tienden a constituir la como sujeto e institución con derechos propios en el ámbito de la sociedad; sin embargo, también existen otras tendencias políticas internacionales que, al querer centrar todo el universo normativo en torno al individuo la desliga de su naturaleza social⁵⁴ y de sus consiguientes responsabilidades, contribuyendo a socavar la unidad de la institución familiar⁵⁵.

⁵⁴En ese sentido CASTILLO CORDOVA señala: "Sin embargo, es necesario precisar que una verdadera protección del individuo se logrará en la medida que sea protegida su integridad como ser humano. *"La naturaleza humana es una realidad pluridimensional, es decir, que se manifiesta en ámbitos o dimensiones distintas y a la vez complementarias entre sí. Al menos cuatro son estas dimensiones: una dimensión material y otra espiritual junto a una dimensión individual y otra social. Que la naturaleza humana tiende a la perfección significa que en cada una de sus cuatro dimensiones presenta una serie de exigencias y necesidades que reclaman ser atendidas y satisfechas convenientemente, de modo que pueda realizar una serie de potencialidades.*

Si la felicidad se define como el grado máximo de perfección, entonces mientras más se perfeccione una persona, mayores grados de felicidad podrá alcanzar. Dicho con otras palabras, la persona humana es una realidad imperfecta que tiende a la perfección, la cual consigue a partir de la satisfacción de sus necesidades propiamente humanas. Esta advertencia nos coloca ya sobre una definición esencial de necesidad humana: aquella que es exigida por la naturaleza humana en orden a alcanzar un grado de perfección humana. (...) Es en este contexto en el cual entra a tallar el concepto de bien. Una definición no sólo básica sino también clásica de bien es aquella que lo concibe como aquello que perfecciona el ser. (Aristóteles, Ética a Nicómaco, I, 1094a – 1103a.) Es decir, será bien humano aquellos bienes que satisfacen las exigencias y necesidades de la naturaleza humana manifestadas en las ya referidas cuatro dimensiones. Mientras más bienes humanos consiga la persona humana, más necesidades y exigencias humanas se habrán satisfecho, y en esa medida habrá alcanzado mayores grados de perfeccionamiento y de consecuente felicidad. (...). La radical y esencial unidad de la persona humana desencadena al menos las siguientes dos consecuencias. La primera es que el concepto de persona del cual parte el Derecho deberá ser siempre un concepto lo más completo posible, que abarque todas las dimensiones en las que puede manifestarse la naturaleza humana.

Una antropología incompleta es un mal punto de partida para el Derecho. De ahí que la formulación de todo Derecho deberá tomar en consideración que la persona humana no es solamente cuerpo, o espíritu, ni solo individualidad o sociabilidad, ella es siempre esas cuatro realidades juntas y simultáneas. La segunda consecuencia es que a pesar de esta compleja fisonomía de la naturaleza humana, los distintos ámbitos de

No se puede olvidar, además, que “*la debida protección familiar deberá articularse sin lesión de ningún otro derecho fundamental o principio constitucional*”.⁵⁶ Es un hecho cultural que muchos contemporáneos nuestros viven una paradoja: mientras los derechos humanos aparecen como un ideal del que todo el mundo habla pero con la consciencia de que apenas se lleva a la práctica, la familia es más una realidad valiosa que un ideal que se proclama⁵⁷.

No es extraño que las convenciones internacionales se refieran hoy en día a la protección jurídica debida a la familia. Resaltándose que la familia es el elemento natural⁵⁸ y fundamental⁵⁹ de la sociedad y que, por ello, toda persona tiene derecho a fundar una⁶⁰ y que todo niño tiene derecho a crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad⁶¹. Y por ello el Estado deba asegurar a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo.

realización se encuentran siempre en una situación de armonioso complemento. Precisamente esta armonía es la base y a la vez consecuencia de hablar de unidad ontológica y esencial de la persona humana.

Algo o es un bien para la entera naturaleza humana o es sólo – y en el mejor de los casos- un pseudo bien. Por ejemplo, no puede ser verdad que se considere que algo es un bien para la dimensión individual de la persona humana y resulte siendo un anti-bien para la convivencia social. De esto que se ha dicho se puede seguir con facilidad que algo se constituye efectivamente en un bien humano en la medida que llega a satisfacer realmente una necesidad humana sin imposibilitar la satisfacción de otras necesidades también humanas. La naturaleza humana, precisamente por su esencial y radical unidad, no puede exigir un bien y anti-bien a la vez.” CASTILLO CORDOVA, Luis. “Persona Humana y Derechos Humanos” en *Jornadas Universitarias, 60 año de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Primera Edición, Lambayeque, Editora USAT, Noviembre 2008, pp. 35 -36

⁵⁵ Cfr. TAURAN Jean-Louis. “*Los Derechos del Hombre y la Defensa Jurídica de la Familia*”, 2do Encuentro Europeo de Políticos y Legisladores, p. 234.

⁵⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “La familia en la Constitución española”. *Revista Española de Derecho Constitucional* N°20, enero-abril 2000, p. 40.

⁵⁷ Cfr. PERIS CANCIO, J.A. Op. Cit. p.09

⁵⁸ Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16, párrafo tercero); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10, primer párrafo); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23, primer párrafo); Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17, primer párrafo).

⁵⁹ Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16, párrafo tercero); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo VI); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10, primer párrafo); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23, primer párrafo); Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17, primer párrafo).

⁶⁰ Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16, párrafo tercero); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo VI); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23, primer párrafo); y Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17, primer párrafo).

⁶¹ Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo).

Un punto de referencia importante, no sólo en el orden cronológico, es la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* del 10 de diciembre de 1948⁶². Así, para entender el tema materia de estudio, es fundamental tener en cuenta que el Artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶³ hace hincapié en la siguiente afirmación: “*La familia es el núcleo natural (...)*” afirmando el reconocimiento de la familia en sí, como núcleo⁶⁴, como *prima societas* que existe anteriormente al Estado y a la Sociedad Internacional. Esa misma definición está también recogida en el Artículo. 23.1 de la *Convención sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966*⁶⁵ y es ampliada por el Artículo 4 de la *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social* del 11 de diciembre de 1969.⁶⁶

Por su parte, el Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989⁶⁷, obliga a los Estados Parte a respetar los derechos y deberes de la familia siempre que se ejerzan en consonancia con el derecho de los niños.

De otro lado, el Artículo 16 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 también configura como objeto del mismo derecho fundamental, el casarse y

⁶² Véase: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 2014 [ubicado el 20.III 2014]. Obtenido en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

⁶³ Véase: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 2014 [ubicado el 20.III 2014]. Obtenido en <http://www.un.org/es/documents/udhr/> : En el Artículo 16.3. se prescribe lo siguiente: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

⁶⁴ Ver nota al pie N° 12

⁶⁵ Véase: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Convención sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966*, 2014 [ubicado el 20.III 2014]. Obtenido en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>: En el Artículo 23.1 se prescribe lo siguiente: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

⁶⁶ Véase: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de 1969*, 2014 [ubicado el 20.III 2014] Obtenido en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/progreso.htm>: En el Artículo 4 “La familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad. Los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos.”

⁶⁷ Véase: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989*. 2014 [ubicado el 20.III 2014] Obtenido en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>: El Artículo 5 “(...) las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

fundar una familia, y este derecho es el único que en el conjunto de la Declaración se atribuye a los hombres y las mujeres, con la precisión de que solo podrán serlo a partir de la edad núbil⁶⁸, lo que constituye una evidente condición de capacidad física precisa que sólo se justifica en razón de la unión sexual, con la consiguiente función esencial generativa.

La referencia al matrimonio se hace además cuatro veces explícita en el artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos citado anteriormente: los que se casen disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de matrimonio, y solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

La unión inescindible entre matrimonio y familia es evidente en la Declaración Universal. Hay en ella un diseño, un modelo único básico de familia: la basada en la generación matrimonial o producida en el matrimonio entre un hombre y una mujer con capacidad generativa.

En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, vuelve a mostrar esa intrínseca relación entre matrimonio y familia en el apartado 1 del artículo 10⁶⁹ refiriéndose a la protección de ese elemento natural y fundamental de la sociedad que es la familia, se reitera que el matrimonio; al que por el contexto se le entiende como medio de constitución de la familia; debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. Así

El artículo 1 de la *Convención sobre el consentimiento para contraer matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonios* (1962): “1. No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el

⁶⁸ Véase: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Op. Cit. En el Artículo 16.1 y 16.2 se prescribe lo siguiente: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.”

⁶⁹ Véase: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976*, 2014 [ubicado el 20.III 2014]. Obtenido en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>: El Artículo 10 prescribe lo siguiente: “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.”

*pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar al matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley*⁷⁰.

Debemos resaltar la libertad entendida como autonomía que deben tener los contrayentes al momento de celebración del matrimonio, pues, por los efectos concomitantes que tiene es necesario una madurez suficiente que redunde en beneficio de la familia y de la sociedad.

Además de lo mencionado, parece confirmarse que existe una esencial relación de la familia con la necesaria atención a los niños o menores integrados en ella por razón del principio generativo, el que consiste en la relación filial derivada de la generación.⁷¹ Aun cuando se entienda como elemento básico de la familia la capacidad procreativa, ella no limita su constitución sólo entre personas fértiles; aquellas personas infértiles o estériles pueden también constituir una familia, sobre este punto volveremos más adelante.

En cambio, en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos del sistema regional interamericano se advierte una desvinculación entre familia y matrimonio.

Así, el artículo VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948⁷² reconoce como derecho fundamental de toda persona el de

⁷⁰ Véase: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre el consentimiento para contraer matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonios*, 2014 [ubicado el 15.IV.2014]. Obtenido en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/matrimonio.htm>.

⁷¹ En ese sentido añade PLACIDO: “Por eso también el artículo 8 de la misma Convención incluye en la identidad que todo niño —toda persona humana menor— tiene derecho a ver respetadas y preservadas sus relaciones familiares, de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas. El artículo 9.4, para atender a situaciones anómalas o irregulares que pueden afectar a la relación paterno-filial, emplea, por su parte, el término familia para referirse a los padres o al niño en su relación con estos. Y el artículo 10 —siempre de la citada Convención de Naciones Unidas— se refiere a la reunión de la familia como reunión de los padres y sus hijos. Y es que, a la postre, todo el sistema jurídico de protección internacional de los derechos del niño descansa sobre «el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño» y de que «incumbirá a los padres» —o, en su caso, a los representantes legales— «la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño» (artículo 18 de la Convención), lo que encuentra su marco institucional ordinario y regular en la familia, basada en los vínculos determinados por la generación”. PLACIDO, ALEX, Op. Cit. p.85.

⁷² Véase: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*. 2014 [ubicado el 20. III. 2014]. Obtenido en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.: El Artículo VI prescribe: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y de recibir protección para ella⁷³.

La Carta Africana de los Derechos Humanos, después de haber puesto de relieve el papel fundamental de la familia, subraya en sus Artículos 18⁷⁴, 27⁷⁵ y 29⁷⁶ los deberes de las personas y de los Estados hacia la familia.

A continuación y a modo de resumen agruparemos los derechos de la familia reconocidos en la normativa internacional de la siguiente manera:

2.1.1. La Familia como institución jurídica⁷⁷

El texto del Artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷⁸ indica, como ya lo señalamos que *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad (...)”*, hace referencia a que la familia es institución no sólo en el sentido pre jurídico como “formación social”, sino también en el sentido propiamente jurídico-positivo de “institución jurídica”.⁷⁹

2.1.2. La Familia como institución que hay que tutelar

⁷³ Esta disimilitud respecto del sistema universal ha sido entendida como una redacción amplia y comprensiva, que tiene relevancia en determinadas circunstancias, como por ejemplo, en el caso de un individuo o de una pareja no casada que quisiera adoptar.

⁷⁴ Véase: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos (Carta de Banjul)*, 2014 [Ubicado el 20.III 2014]. Obtenido en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/jurisprudencia/sistema_africano.asp. : El Artículo 18 .1 prescribe lo siguiente: “La familia será la unidad natural y la base de la sociedad. Esta estará protegida por el Estado, el cual se ocupará de su salud física y moral. 2. El Estado tendrá el deber de asistir a la familia, la cual custodia la moral y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad.”

⁷⁵ Véase: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos (Carta de Banjul)*, Ibid. El Artículo 27. 1 prescribe lo siguiente: “Todo individuo tendrá deberes para con su familia y sociedad, para con el Estado y otras comunidades legalmente reconocidas, así como para con la comunidad internacional. 2. Los derechos y libertades de cada individuo se ejercerán con la debida consideración a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común.”

⁷⁶ Véase: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos (Carta de Banjul)*, Ibid. El Artículo 29.1 prescribe: “El individuo también tendrá el deber de: 1. Preservar el desarrollo armonioso de la familia y de fomentar el respeto y la cohesión de ésta; de respetar a sus padres en todo momento y de mantenerlos en caso de necesidad.”

⁷⁷ Revisar nota al pie N°27

⁷⁸ Véase: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Op. Cit. El Artículo 16.3 prescribe lo siguiente: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”

⁷⁹ En el mismo sentido señala TAURAN: “Si esta fuera de toda duda que el ordenamiento jurídico internacional reconoce la familia como institución que hay que tutelar y en cierta medida promueve su reconocimiento como sujeto de derechos y deberes, la efectiva tutela de la familia, y la eventual actuación de su personalidad jurídica, hallan su cumplimiento en la legislación de los Estados, en la medida que éstos tomas y desarrollan el mandato internacional”. TAURAN Jean-Louis. Op. Cit., p. 237.

En el mismo sentido, al reconocer a la familia como institución jurídica, tanto el Artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como el texto del Artículo 10.1⁸⁰ y 10.3⁸¹ del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales predicen de ella una subjetividad pasiva, es decir, el derecho al disfrute de la protección de la sociedad. Le corresponde a la familia ser un sujeto social activo, o sea, la posibilidad de participar directamente en la vida de la sociedad como un “protagonista social” en orden al desarrollo económico y al progreso civil de la comunidad internacional⁸².

2.1.3. La familia como titular del derecho al bienestar económico y a la seguridad social.

El derecho internacional sitúa siempre la familia junto al individuo. Cada persona, para sí misma y para su familia, tiene el derecho de asistencia sanitaria, habitación, alimentación, y otros servicios sociales básicos, en ese sentido el Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos humanos señala:

“Artículo 25: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”⁸³

De lo anterior se denota la evidente necesidad de asegurar el bienestar de la familia en todas sus manifestaciones para lograr su apropiada protección.

⁸⁰ Véase: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976*, Op. Cit. El Artículo 10.1 prescribe lo siguiente: “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.”

⁸¹ Véase: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976*, Op. Cit. El Artículo 10.3 prescribe lo siguiente: “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”

⁸² Cfr. TAURAN Jean-Louis, Op. Cit. p. 238

⁸³ Véase: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Op. Cit.

Del mismo modo, el derecho de propiedad privada aparece en función de la dignidad de la vida familiar, así se encuentra reconocido en el Artículo 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

“Artículo XXIII: Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.”⁸⁴

Como sabemos, el derecho de propiedad es un derecho natural que implica el uso, posesión y disfrute de determinados bienes para su explotación por parte de su titular en miras a mejorar o permitir su subsistencia⁸⁵ y contribuir a mantener la dignidad de la persona, siendo la familia – por extensión - la primera beneficiada.

A lo señalado anteriormente se añade que en virtud a la facultad de explotación de los bienes, cada individuo tiene derecho a un adecuado nivel de vida, para sí mismo y para su familia, es por ello que el Artículo 11.1 del Pacto sobre los Derechos Económicos y Sociales, establece:

“Artículo 11. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso

⁸⁴ Véase: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*. Op. Cit. Artículo 23.

⁸⁵ El Tribunal Constitucional Peruano se ha pronunciado al respecto al afirmar que: “(...) el principio se convierte en requisito indispensable para el desarrollo de los pueblos, en tanto permite crear la certidumbre institucional que dota a los individuos de la iniciativa suficiente para, a partir de la titularidad del derecho de propiedad, dar lugar a la generación de riqueza. En efecto, el derecho constitucional a la propiedad tiene una incuestionable connotación económica, y así lo ha entendido nuestra Carta Fundamental cuando no sólo reconoce a la propiedad dentro de la enumeración de su artículo 2°, que agrupa a los principales derechos fundamentales, sino que en su artículo 70° establece que “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza (...). A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública (...)”. De este modo, el derecho a la propiedad no sólo adquiere la categoría constitucional de derecho fundamental, sino que su defensa y promoción se constituyen en garantía institucional para el desarrollo económico. Tal conclusión se ve reafirmada cuando en el título “Del Régimen Económico”, específicamente en el artículo 60° del texto constitucional, se dispone que “El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa (...)”. Empero, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución lo reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consubstanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho. Es la inscripción del derecho de propiedad en un registro público el medio a través del cual el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo.” STC 0016-2002-AI del 30 de abril de 20073 {Expediente número 0016-2002-AI/TC} [Ubicado el 15.III 2014]. El texto completo puede ubicarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.html>.

*alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.*⁸⁶

Se entiende que además de ser un derecho de la persona, es también el Estado quien debe procurar facilitarlo a través de la prestación de los servicios o políticas públicas adecuadas.

2.1.4. La Familia como principal entorno educativo de los hijos

El derecho de los padres a elegir el tipo de educación que deben recibir los hijos es afirmado por todos los instrumentos, tanto universales como regionales, así lo señalan el Artículo 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸⁷, el Artículo 13.4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁸.

Así mismo, la obligación del Estado de respetar y promover la moral y los valores tradicionales de las comunidades también la encontramos regulada en el Art. 17.3 de la Carta Africana.⁸⁹

2.1.5. La Familia como primer entorno de protección al derecho a la libertad de educación religiosa de los hijos

Respecto a la libertad religiosa, encontramos su protección en el Artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos mencionado líneas arriba y en el Artículo 18.4 del Pacto sobre los Derechos Políticos y Civiles.”⁹⁰

⁸⁶ Véase: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976*, Op. Cit. Artículo 11.1.

⁸⁷ Véase: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Op. Cit. El Artículo 26.3 prescribe lo siguiente: Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos

⁸⁸ Véase: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976*, Op. Cit. El Artículo 13.4 prescribe lo siguiente: “(...) Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado”

⁸⁹ Véase: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos (Carta de Banjul)*, Ibíd. El Artículo 17.3 prescribe lo siguiente: “La promoción y protección de la moral y de los valores tradicionales reconocidos por la comunidad serán deberes del Estado.

⁹⁰ Véase: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976*. Op. Cit. El Artículo 18 prescribe lo siguiente: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”

2.2. Análisis de la regulación legal de la familia en el derecho comparado:

2.2.1 Brasil:

El Código Civil Brasileño, al igual que el nuestro es, además de la Constitución, uno de los primeros preceptos de referencia. En su texto figura la definición sobre unión conyugal, relaciones de parentesco así como las implicancias legales relacionadas a esos vínculos, como veremos más adelante.

En la Constitución Federal de 1988⁹¹ se adopta una nueva concepción de familia, cuando se reconoce la multiplicidad de formaciones y se amplían las posibilidades de protección legal de diferentes tipos de relaciones familiares y parentales. Así incorpora al concepto jurídico de familia aquellas formadas a través de la unión consensual⁹², las de tipo monoparental⁹³ y también las constituidas por otras relaciones de parentesco y afinidad⁹⁴.

De toda la propia Constitución Federal de 1988 preserva la dignidad de la persona humana, la protección de todos los modelos de familia en cuanto son necesarios por ser el sitio de realización existencial y afectiva de los individuos. Y en ese sentido, el mismo texto constitucional, además de reconocer a la familia como núcleo fundamental de la sociedad también reconoce la unión conyugal estable y prescribe la igualdad de derechos y deberes entre hombre y mujer en referencia a la sociedad conyugal constituida⁹⁵. En 1994, la Ley 8.971⁹⁶ reguló los

⁹¹ La Constitución de la República Federativa de Brasil fue promulgada el 5 de octubre de 1988. En ella se establece que Brasil es un Estado Democrático de derecho y estructura Federal.

⁹² Véase JUS BRASIL: *Lei N° 10.406 – Código Civil*, 2014 [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02#art-754>. El Artículo 1.514 prescribe lo siguiente: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.”

⁹³ Véase PLANALTO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA: *Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988*. 2014. [ubicado el 22. III. 2014] Obtenido en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. El artículo 226.4 prescribe lo siguiente: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

⁹⁴ Véase PLANALTO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA: *Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988*. Op. Cit. El Artículo 227. 5 prescribe lo siguiente: “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

⁹⁵ Véase PLANALTO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA: *Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988*. Op. Cit. Artículo 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é

dispositivos constitucionales sobre ese tipo de unión, definiendo un límite de 5 años de convivencia o existencia de hijos en la unión, para usufructuar de los derechos de sustento financiero y de herencia. En 1996, la Ley 9.278⁹⁷ amplió la cobertura del concepto no definiendo tiempo de convivencia y admitiendo los mismos derechos a las personas separadas de hecho. Esta ley define la unión estable como convivencia duradera, pública y continua entre un hombre y una mujer, establecida con el objeto de constituir familia.

El Código Civil de 2002⁹⁸ reiteró los principios contenidos en la Constitución, observando también el principio de igualdad entre hombres y mujeres dentro de la sociedad conyugal, se trate de matrimonio o unión estable⁹⁹. Tal condición

civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”; Artículo 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Artículo 229. “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

⁹⁶ Véase PLANALTO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA: Lei N° 8.971, 2014 [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm.

⁹⁷ Véase PLANALTO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA: Lei N° 9.278, 2014 [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm. La presente ley el inciso 3 del Artículo 226 de la Constitución Federal de Brasil.

⁹⁸ Véase JUS BRASIL: *Lei N° 10.406 – Código Civil*, 2014 [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02#art-754>.

⁹⁹ Véase JUS BRASIL: *Lei N° 10.406 – Código Civil*, 2014 [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02#art-754>. El Artículo 1.511. prescribe: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges; Art. 1.512: O casamento é civil e gratuita a sua celebração, Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei; Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

El Artículo 1.515 prescribe: “O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração;

El Artículo Art. 1.516: “O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil; Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a

igualitaria se extiende a la definición de sustento financiero, de la fidelidad, de la preservación de la vida en común y de la asistencia y educación de los hijos.

En lo que se refiere a las disoluciones, hasta el surgimiento de la Ley del divorcio, ley 6.515/77¹⁰⁰, la disolución jurídica de la sociedad conyugal solamente ocurría a través de la muerte de uno de los cónyuges (Artículo 315 del Código Civil de 1916¹⁰¹). A pesar de esa creación jurídica, dentro de ella la ley no ignoraba completamente la existencia de las separaciones. A partir de 1942 esos casos eran tratados a través de la figura jurídica de la separación, que reconocía la imposibilidad del mantenimiento de la convivencia matrimonial, pero prohibía a ambos compañeros un nuevo matrimonio formalizado, lo que, convirtió al concubinato como la única forma de establecer una segunda o sucesiva unión conyugal¹⁰².

Sin embargo, en la ley del divorcio de 1977, se reconoce que la infidelidad no constituye la principal motivación de rupturas, admitiendo la separación consensual y la aceptación de otras motivaciones para la disolución de la sociedad conyugal. Empero, dicha ley fue igualmente innovadora al reconocer la igualdad entre los sexos, estableciendo de forma equitativa que, en la separación, independientemente del sexo, aquel que provoca la ruptura debe pagar pensión al otro. Establece también que la separación judicial requiere de un período de separación de cuerpos de tres años antes de la oficialización de la disolución completa del vínculo conyugal¹⁰³.

Con la Constitución de 1988 y Código Civil de 2002 se flexibilizó el proceso judicial de la ruptura conyugal, disminuyendo el tiempo de exigencia de separación de cuerpos (dos años de hecho o uno judicialmente) y eliminando la

mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

¹⁰⁰ Véase PLANALTO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA: *Lei Nº 6.515, 2014*, [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Esta ley regula los casos de la disolución de la sociedad conyugal, del matrimonio, de sus efectos y efectivos procedimientos.

¹⁰¹ Véase PLANALTO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA: *Lei Nº 3.071, 2014*. [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm.

¹⁰² Cfr. MARCONDES, Gláucia. *“La normalización jurídica de la familia, vida conyugal y reproducción en Brasil”*, Núcleo de Estudios de População (NEPO), Universidad Estatal de Campinas, p. 258.

¹⁰³ Durante ese tiempo se preservaba el impedimento de establecer legalmente un nuevo matrimonio y, en caso de arrepentimiento, la pareja podía fácilmente, retomar su condición civil de casada. El divorcio directo sólo se concedía a parejas que hayan comprobado cinco años de separación de hecho.

condición de indisolubilidad de la segunda unión. La ley 11.441¹⁰⁴ aprobada en el 2007 ha posibilitado la obtención de la separación y del divorcio directamente en la Notaría para parejas que ya estuvieran separadas por al menos un año, que no tuvieran hijos menores y ni desacuerdos sobre la partición de los bienes en común. La completa eliminación de la exigencia de la separación judicial se dio con la aprobación de una Enmienda Constitucional (EC 66), en 2010, que instituyó el divorcio directo.

La paternidad y maternidad son consideradas iguales ante la Ley en términos de derechos y responsabilidades con los hijos. Y en el año 2010, con la promulgación de la Ley de Enajenación Parental se previó sancionar a los padres que descalifiquen, denigren o conduzcan a los hijos en acciones que perjudiquen la relación con el otro padre.

Del mismo modo, en la Constitución de 1988 ha quedado definido que la planificación familiar es libre decisión de la pareja, en la Constitución Federal de Brasil, la figura del aborto provocado todavía constituye delito salvo en los siguientes supuestos, si el embarazo pone en riesgo serio la vida de la mujer, si el embarazo de la mujer es producido por una violación¹⁰⁵, por causa de embarazo producto de incesto y el reciente supuesto de aborto en los casos de embarazos con fetos anacefálicos según sentencia 12-4-12 del Supremo Tribunal Federal¹⁰⁶.

A pesar de la protección a la familia de la que hace despliegue la normativa brasilera, el 5 de mayo de 2011, el Supremo Tribunal Federal de Brasil dictaminó

¹⁰⁴ Véase PLANALTO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA: *Lei Nº 11.441*, 2014. [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Esta ley modifica la Lei Nº 5.869 del Código Procesal Civil posibilitando la realización de la separación consensual y divorcio consensual por vía administrativa.

¹⁰⁵ Véase ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: *Decreto-Lei Nº 2.848*-Código Penal Brasil, 2014. [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en: http://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra-int-text-cp.pdf. El Artículo 128 prescribe: “Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro. II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

¹⁰⁶ A. TOZZI, Piero; MARCILESE, Sebastián y MUGA GONZALES, Rossana. “El Activismo judicial en Latinoamérica. Análisis a raíz de la reciente jurisprudencia argentina proaborto”. *El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia*. Nº13.192, Año LI, Buenos Aires, 2013, p. 6: “Según sentencia del 12-4-12, el Supremo Tribunal Federal autorizó por mayoría la práctica del aborto en los casos de embarazos con fetos anacefálicos, por considerar que no se trata de un verdadero embarazo. Se suma así a las tres ya existentes antes de este último fallo (aborto por protección a la vida de la mujer, aborto por causa de embarazo producto de una violación y aborto por causa de embarazo producto de incesto) una causal más para permitir el acceso al aborto al país.” Loc. Cit.

que las parejas del mismo sexo pueden constituir "uniones estables" (instituto reconocido en la Constitución que otorga derechos a los convivientes de hecho no casados) en todo el país¹⁰⁷. La unión estable, que hasta el fallo del Supremo Tribunal Federal sólo era permitido a las parejas heterosexuales, reconoce a las parejas los mismos derechos económicos y sociales que los otorgados en las relaciones heterosexuales.

Así, al permitir las "uniones estables", el Supremo Tribunal Federal abrió las puertas a la equiparación legal de las uniones del mismo sexo al matrimonio civil, el matrimonio entre personas del mismo sexo se encuentra legalizado debido a una decisión del Tribunal Supremo de Brasil que legalizó el matrimonio igualitario en todo el territorio¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Los ministros del Supremo Tribunal Federal (STF), a juzgar la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 4277 y la Alegación de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 132, reconoció por unanimidad la unión civil para parejas del mismo sexo. [ubicado el 15.II.2014] Obtenido en <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>.

¹⁰⁸ Como consecuencia de este reconocimiento, posteriormente se desarrolló jurisprudencia sobre derechos sucesorios, entre ellos tenemos las siguiente de repercusión general, el equivalente a decir precedente obligatorio en base a jurisprudencia vinculante:

. STC. del 10 de noviembre del año 2011 RE 646721 RG/RS-RIO GRANDE DO SUL. Básicamente, el Pleno Virtual de la Corte Suprema reconoció la existencia de repercusión general de la cuestión planteada en el Recurso Extraordinario (RE) 646 721, que describe cómo repartir los bienes entre la madre y el compañero de una persona que murió en 2005. La apelación fue presentada por su compañero contra el Tribunal de Río Grande do Sul (TJ-RS) la decisión concedió sólo un tercio de la herencia.

.STC. del 08 de marzo de 2012 RG/SE- SERGIPE. A través de esta sentencia, el Supremo Tribunal Federal (STF) reconoció la existencia de repercusión general sobre la cuestión constitucional en alusión a la posibilidad de un reconocimiento legal de las uniones estables concomitantes (uno de ellos un carácter homo-afectiva y otros, heteroafectiva naturaleza), con el consiguiente prorrateo de beneficios por muerte. El proceso es una apelación en contra de la decisión del Tribunal de Justicia del Estado de Sergipe (SE-TJ), que rechazó el recurso.

Al decidir la apelación civil, el TJCE decidió que no se debía reconocer la existencia de la relación homo-afectiva antes de la declaración judicial de la unión estable entre el fallecido y una mujer en periodo concomitante. Según la sentencia de corte Sergipe, el sistema jurídico nacional "no permite la coexistencia de dos entidades de la familia, análogo a la situación considerada bigamia.

Para traer la queja, se plantea la presencia de repercusión general de la materia y, en el mérito se alega que la decisión del TJCE UP violó el inciso III del artículo 1 de la Constitución y los principios de la dignidad humana y la igualdad.

2.2.2 Argentina

Según la Constitución Nacional Argentina, la familia es la unidad fundamental de la sociedad, se llega a esta conclusión de la lectura del Art. 14 bis. de la Constitución de la Nación Argentina, en la que exige su protección integral¹⁰⁹ y asimismo menciona como facultad del Congreso establecer leyes relativas a la educación que aseguren la participación de la familia y de la sociedad¹¹⁰.

En vista al mandato Constitucional, el Decreto 1506/04 del Poder Ejecutivo Nacional del 28 de octubre de 2004 determina que las acciones sociales se deben basar en cuatro Planes Nacionales: Plan Nacional de Desarrollo local y Economía Social (“Manos a la obra”), Plan Nacional de Seguridad Alimentaria (“El hambre más urgente”), Plan Familias y Plan Integral de Promoción del Empleo (“Más y mejor trabajo”) u otros que deban crearse.

Es notable que dicha norma no especifique el marco sobre el que deberá actuar, el 12 de mayo de 2005 por Resolución del Ministerio de Desarrollo Social No. 825/2005 se crea el “Programa Familias por la Inclusión Social”¹¹¹ que tiene como objetivo fundamental promover la protección e integración social de las familias en situación de vulnerabilidad y/o riesgo social, desde la salud, la educación y el

¹⁰⁹ Véase INFORMACION LEGISLATIVA Y DOCUMENTAL: Constitución de la Nación Argentina de 1994. 2014 [ubicado el 15.IV 2014] Obtenido en http://infoleg.mecon.gov.ar/?page_id=63 El Artículo 14 bis. prescribe: “(...) El Estado otorgara los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

¹¹⁰ Véase INFORMACION LEGISLATIVA Y DOCUMENTAL: Constitución de la Nación Argentina de 1994. Op. Cit. El Artículo 75 inc. 19 prescribe: “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.”

¹¹¹ Resolución 825/2005 publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 01 de enero del año 2005.

desarrollo de capacidades, posibilitando el ejercicio de sus derechos básicos. Es evidente que este Plan y su Plan Marco de Familias -no definido claramente- no son instrumentos de políticas familiares integrales sino sólo ayudan a solucionar una coyuntura de crisis. Pues actualmente existen en la República Argentina, políticas sociales de familia pero no una ley general que establezca una política de Estado en materia familiar.

Vale acotar que, es el Ministerio de Desarrollo Social quien tiene a su cargo la elaboración de las directrices sobre las cuales se desarrollan las políticas referidas a la familia, respecto de la niñez, juventud, adultos mayores, etc. Con referencia a la niñez, con la elaboración de la Ley 26.061¹¹², de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, en el año 2005 los niños, niñas y adolescentes dejan de ser entendidos como objetos bajo la tutela del Estado para pasar a ser reconocidos como sujetos de pleno derecho.

En tal contexto, se inaugura el camino hacia una nueva institucionalidad por medio de la creación de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia¹¹³, organismo del Poder Ejecutivo Nacional especializado en infancia y familia; y del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia¹¹⁴, órgano deliberativo, consultivo y planificador de políticas públicas para la infancia y la adolescencia en todo el territorio, teniendo en cuenta y trabajando desde las distintas realidades del país.

¹¹² Véase INFORMACION LEGISLATIVA Y DOCUMENTAL: *Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, 2014, [ubicado el 15. V. 2014] Obtenido en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>.

¹¹³ Véase INFORMACION LEGISLATIVA Y DOCUMENTAL: *Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, Op. Cit. El Artículo 43 prescribe lo siguiente: "SECRETARIA NACIONAL. Créase en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, organismo especializado en materia de derechos de infancia y adolescencia, la que funcionará con representación interministerial y de las organizaciones de la sociedad civil. La misma será presidida por un Secretario de Estado designado por el Poder Ejecutivo nacional."

¹¹⁴ Véase INFORMACION LEGISLATIVA Y DOCUMENTAL: *Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, Op. Cit. Artículo 45: "Créase el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, el que estará integrado por quien ejerza la titularidad de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, quien lo presidirá y por los representantes de los Órganos de Protección de Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia existentes o a crearse en cada una de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia dictará su propio Reglamento de funcionamiento, el cual deberá ser aprobado en la primera reunión."

Del mismo modo, a partir de la sanción de la Ley 26.233¹¹⁵, de Promoción y Regulación de los Centros de Desarrollo Infantil Comunitarios, se busca fortalecer las políticas públicas orientadas a la primera infancia y generar espacios de trabajo conjunto entre organizaciones comunitarias, actores locales, provinciales y nacionales.

Además, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia tiene a su cargo la Dirección Nacional de Políticas para Adultos Mayores, encargada de identificar las necesidades específicas de la tercera edad, respetando sus particularidades, y promoviendo la participación de las personas mayores en el planeamiento y ejecución de las políticas públicas dirigidas a ese sector de la sociedad, a través del Consejo Federal de Adultos Mayores¹¹⁶.

Como una forma de promoción de la familia, Argentina implementó un sistema de asignaciones familiares bastante especial, sumamente beneficioso con respecto a las políticas de los países de la región, pues con la ley 24.714¹¹⁷ con excepción de las normas correspondientes a las prestaciones a las que se refiere el tercer párrafo del art. 26 del Decreto N° 1382/01. Básicamente es un subsistema contributivo fundado en los principios de reparto de aplicación a los trabajadores

¹¹⁵ Véase, INFORMACION LEGISLATIVA Y DOCUMENTAL: Ley 26.233-Centros de Desarrollo Infantil. Promoción y Regulación, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina, 2014. [ubicado el 15. V. 2014]. Obtenido en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/125000-129999/127532/norma.htm>.

¹¹⁶ En este sentido, la Dirección Nacional de Políticas para Adultos Mayores dependiente de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia planificar y ejecutar programas específicos de promoción, protección e integración social de los adultos mayores, organizados en torno a las siguientes líneas de acción:

- Cuidadores Domiciliarios: con los objetivos de capacitar a miembros de la comunidad en cuidados domiciliarios de adultos mayores y personas con discapacidad y de brindar servicios de apoyo sanitarios y sociales a quienes requieran de un cuidado intensivo.
- La Experiencia Cuenta: esta iniciativa facilita la transmisión de oficios y saberes tradicionales desde los adultos mayores hacia las personas jóvenes y de mediana edad.
- Programa de Promoción del Buen Trato hacia los Adultos Mayores: este programa consiste en capacitar, brindar información y sensibilizar a la comunidad sobre la existencia de situaciones de abuso y maltrato hacia la población mayor. Asimismo, se promueve la constitución de redes de apoyo a adultos mayores.
- Capacitación en atención y cuidado de adultos mayores: consiste en profundizar la formación de responsables y equipos técnicos de residencias y centros de día encargados de la atención y el cuidado de adultos mayores por medio de cursos de especialización.
- Educación para adultos mayores: fomenta la capacitación popular y académica de los adultos mayores y brinda asistencia técnica y financiera a las universidades de tercera edad de todo el país.
- Voluntariado social: promueve el desarrollo de acciones comunitarias voluntarias en la población adulta mayor, por medio de la generación de espacios de encuentro y de actividades entre distintas generaciones.

¹¹⁷ Norma abrogada por art. 26 del Decreto N° 1382/01 - B.O. 2/11/2001 y restablecida su vigencia por Decreto N° 1604/2001 B.O. 6/12/2001.

que presten servicios remunerados en relación de dependencia en la actividad privada, cualquiera sea la modalidad de contratación laboral. Las prestaciones consisten en: a) Asignación por hijo, b) Asignación por hijo con discapacidad, c) Asignación prenatal, e) Asignación por maternidad, f) Asignación por nacimiento, g) Asignación por adopción, h) Asignación por matrimonio, i) Asignación Universal por Hijo para Protección Social¹¹⁸, j) Asignación por Embarazo para Protección Social¹¹⁹.

Lo más resaltante es la Asignación Universal por Hijo¹²⁰ que les corresponde a los hijos de las personas desocupadas, que trabajan en el mercado informal o que ganan menos del salario mínimo, vital y móvil. Consiste en el pago mensual de \$460 para niños menores de 18 años y de \$1500 para chicos discapacitados sin límite de edad. El propósito de esta ley es asegurar que los niños y adolescentes asistan a la escuela, se realicen controles periódicos de salud y cumplan con el calendario de vacunación obligatorio, pautas que deben seguirse obligatoriamente, ya que éstos son requisitos indispensables para cobrar la asignación.

Uno de los más profundos cambios que ha sufrido la institución de la familia en República Argentina fue la aprobación de la Ley 26.618 del 15 de julio de 2010, Ley del Matrimonio Igualitario, que modifica el Código Civil¹²¹ para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Básicamente, la nueva normativa reemplaza en todos los artículos de la ley de matrimonio anterior, la expresión de "hombre y mujer" por la de "contrayentes"¹²².

¹¹⁸ Inciso incorporado por art. 4° del Decreto N° 1602/2009 B.O. 30/10/2009. Vigente a partir del 1° de noviembre de 2009.

¹¹⁹ Inciso incorporado por art. 2° del Decreto N° 446/2011 B.O. 19/4/2011

¹²⁰ Esta asignación fue creada por medio del decreto N° 1602/09, del Poder Ejecutivo Nacional, y comenzó a regir a partir del primero de noviembre de 2009.

¹²¹ Véase INFORMACION LEGISLATIVA Y DOCUMENTAL: Ley 26.618 que modifica el Código Civil, 2014 [ubicado el 15. V.2014]. Obtenido en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=169608>.

¹²² Véase INFORMACION LEGISLATIVA Y DOCUMENTAL: Sanción Ley 340-Código Civil Argentino. 2014 [ubicado el 15. V.2014] Obtenido en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>. El Artículo 172 prescribe : “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Por lo tanto, las personas homosexuales tendrán exactamente los mismos derechos que las heterosexuales. Entre ellos, la posibilidad de la adopción, herencia y otros derechos sucesorios, cobro de pensiones por fallecimiento y otras disposiciones relativas a la seguridad social.

2.2.3. Ecuador

La Constitución Política del Ecuador del año 2008 reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y tiene como objetivo garantizar las condiciones que favorezcan a la misma¹²³, también consideran al matrimonio como la unión entre el hombre y la mujer fundado en el libre consentimiento de los cónyuges¹²⁴, se señala a los padres como los primeros responsables al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los hijos¹²⁵. En ese sentido, la Constitución también indica que el Estado, la sociedad y la familia deberá promover de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes asegurando el pleno ejercicio de sus derechos, atenderá el principio de interés superior del niño y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas¹²⁶.

Por otro lado, El 17 de febrero de 2013, el pueblo ecuatoriano eligió un programa de gobierno para que sea aplicado en el nuevo periodo de mandato de la Revolución Ciudadana. Ese programa tiene su reflejo inmediato en el Plan

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”.

¹²³ Véase ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: Constitución de la República del Ecuador de 2008. 2014. [ubicado el 15.IV.2014] Obtenido en http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_const.pdf. El Artículo 67 prescribe: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes”.

¹²⁴ Véase ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: Constitución de la República del Ecuador de 2008. Op. Cit. El Artículo 67 prescribe: “Párrafo segundo: El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”

¹²⁵ Véase ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: Constitución de la República del Ecuador de 2008. Op. Cit. El Artículo 69.1. prescribe: “Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.”

¹²⁶ Véase ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: Constitución de la República del Ecuador de 2008. Op. Cit. El Artículo 44 prescribe: El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, el cual representa una postura política muy definida y constituye la guía de gobierno que el país aspira tener y aplicar en los próximos cuatro años¹²⁷.

2.3. La visión del Estado Peruano sobre la familia

Tal como lo establecimos en el primer capítulo, al ser la familia un grupo social, debe ser regulada de acuerdo a las exigencias que le corresponden conforme a sus especiales características, fines, funciones e importancia.

La salvaguarda del interés superior de la familia importa la atención de cada uno de sus elementos, “no podemos enfrentar los intereses de cada uno: del niño, la niña, el adolescente, el joven, el de tercera edad, la mujer como si fueran individualidades, tenemos que compatibilizar los intereses de todos para poder lograr el interés de la unidad del todo”.¹²⁸ El interés familiar no defiende un interés propio de la familia considerada como persona jurídica, sino que representa el interés de los componentes de la familia en una situación de interdependencia dentro de una totalidad.¹²⁹

Es necesario entender un sistema de protección que intente ponderar la efectividad de los derechos fundamentales de los individuos con la protección de la familia, sin que produzca una disminución de los derechos en perjuicio de sus componentes. En ese sentido, hay quienes en busca de este análisis unitario diferencian entre tutela del vínculo familiar y la familia como institución en sí, fundamentándose en que las relaciones familiares sustentan a la “familia”, una relación inversa, generaría sólo un conjunto de individuos vinculados

¹²⁷ Véase BUEN VIVIR: Plan Nacional 2013-2017, 2014, [ubicado el 20.III 2014]. Obtenido en <http://www.buenvivir.gob.ec/>. El plan Nacional Buen Vivir cuenta entre otros, con los siguientes objetivos: Consolidar el Estado y la construcción del poder popular, Auspiciar la igualdad, la cohesión, la inclusión y la equidad social y territorial en la diversidad, Mejorar la calidad de vida de la población, Construir espacios de encuentro común y fortalecer la identidad nacional, las identidades diversas, la plurinacionalidad y la interculturalidad, etc.

¹²⁸ Cfr. DE LAS FUENTES LINARES, José Cándido Francisco Javier. “La Protección Constitucional de la Familia en América Latina”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Vol. VI N° 29, México, Enero-Junio 2012, p. 60-76.

¹²⁹ Cfr. P. GROSMAU, Cecilia. “El Interés Superior del Niño”, en *Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y realidad*, 1era edición, Buenos Aires Editorial Universidad, 1988, p.41.

biológicamente o jurídicamente, sin una relación de amor, afecto, cariño y protección entre ellos.¹³⁰

Sin embargo, bajo esta óptica, se corre el riesgo de ensanchar lo familiar a vínculos no relacionados con el cumplimiento de los fines familiares¹³¹. Volveremos a ello más adelante¹³².

Nuestro país, a diferencia de Bolivia, Brasil, Cuba, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela - países en los que sí existe unidad normativa- cuenta con una legislación dispersa. En el texto de nuestra Constitución Política encontramos diversos artículos que reconocen la protección de la familia y promueve el matrimonio como instituto natural y fundamental de la sociedad¹³³, se reconocen ciertos deberes y derechos propios de sus miembros, como el de la obligatoriedad de los padres de educar a sus hijos¹³⁴, etc. En adición, se busca el bienestar de la familia al reconocer derechos laborales especiales según sea el caso¹³⁵.

Con lo expresado ad supra y con una interpretación sesgada podría colegirse que al no existir una definición determinada de la familia en la Constitución Peruana,

¹³⁰ En ese sentido Manuel Bermudez señala: “Por ello nuestra posición de proteger las relaciones familiares frente a la institución legal de la “familia” porque constituyen núcleo de la institución y porque existen múltiples manifestaciones tanto políticas como legales que indican esta tendencia progresista de interpretar derechos individuales, relaciones sociales y contextos multiculturales novedosos”. BERMUDEZ TAPIA, Manuel. “*Redefiniendo el Derecho de Familia en la Tutela del Vínculo Familiar en la Jurisprudencia Peruana*”, *Revista de Derechos Fundamentales de la Universidad Viña del Mar*, N°05, 2011, pp 43-62

¹³¹ “La noción constitucional de la familia no alude pues, a una simple unidad de conveniencia más o menos estable, por muy basada en el afecto o compromiso de mutua ayuda que pueda estarlo. No se refiere a simples relaciones de afecto o amistad y apoyo mutuo, aunque las implique como consecuencia natural de los vínculos de parentesco que le son propios y exclusivos. Todo intento de “ensanchar” lo familiar a vínculos no relacionados con el cumplimiento de fines familiares debe considerarse inconstitucional, incompatible con el deber de protección de la familia que impone el art. 4”. PLACIDO, ALEX. “*El Modelo de Familia Garantizado con la Constitución de 1993*”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 71, Lima- Perú, 2013, p. 77-108.

¹³² Revisar el acápite 3.2 del Capítulo III sobre Unión Civil.

¹³³ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 4: “La comunidad y el Estado protegen al niño, al adolescente, madre, anciano en situaciones de abandono, a la familia y promueve el matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

¹³⁴ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 13: “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo.”

¹³⁵ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 24: “El derecho del trabajador para una remuneración para él y su familia”

estarían protegidas bajo ese concepto distintos tipos de familia cuya determinación quedaría a criterio del legislador. En ese sentido, PLACIDO afirma:

“La Constitución no obliga a proteger del mismo modo todo cuanto pueda darse en la espontaneidad social, pues esto realmente significaría no proteger nada, y hasta suprimir la distinción y diferencia consustancial a la existencia misma del derecho, como concepto real (todo límite entre lo correcto e incorrecto, entre lo justo e injusto, lo debido e indebido, lo mío y lo tuyo)”¹³⁶.

Por ello, cualquier tipo de familia no debe ser objeto de protección estatal, sino que el derecho se ocupa - y se preocupa – de un tipo específico con características determinadas.

La familia que el Estado Peruano, según el Artículo 4° de nuestra Constitución, se obliga a proteger es una realidad específica, con perfiles básicos determinados, un modelo de familia y no cualquier género de asociación, reunión o convivencia, pues para eso basta la protección que la Constitución garantiza a los derechos de reunión y asociación en los artículos 2.12¹³⁷ y 2.13¹³⁸, además de la garantía de la libertad e inviolabilidad de la intimidad personal y del domicilio que garantizan los artículos 2.7¹³⁹ y 2.9¹⁴⁰, o en fin, más amplia y genéricamente, la garantía del derecho a la libertad en general que se contiene en el artículo 2.24.a.¹⁴¹

En principio, los padres con sus hijos constituyen la familia ordinaria, aunque los deberes sobre los menores puedan tener que ser ejercidos, si faltan los padres (o en otros supuestos análogos que las legislaciones comparadas contemplan, como la incapacidad) por la *familia ampliada*, que prolonga el núcleo familiar básico a

¹³⁶ PLÁCIDO ALEX, Op. Cit. p.70

¹³⁷ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 2.12. “A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas”.

¹³⁸ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 2.13. “A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa”.

¹³⁹ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 2.7 “Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propia. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

¹⁴⁰ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 2.9 A la inviolabilidad del domicilio. “Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley”.

¹⁴¹ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 2.24 a. “A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”

través de los correspondientes vínculos de consanguinidad hacia otros ascendientes o descendientes y parientes colaterales¹⁴². En cualquier caso, las salidas planteadas por nuestro ordenamiento siempre van dirigidas a la necesaria atención a los niños o menores integrados en ella por razón de la filiación que deriva de la generación¹⁴³.

Además de la característica generativa señalada, existen otros elementos naturales de la familia en virtud de las cuales ésta no puede equipararse con otra realidad social que intente asimilársele, y en virtud de las cuales le corresponde al Estado velar por su protección.

¹⁴² Cuando los progenitores no pueden asumir plenamente el ejercicio de los deberes-derechos emergentes de la Patria Potestad, los sistemas jurídicos organizan mecanismos de protección de los hijos, así como los resguardos necesarios para restablecer ese ejercicio a sus titulares, una vez superadas las causas que les impidieron asumirlo.

Legislaciones que consideran a los padres extramatrimoniales menores de edad incapaces de hecho relativos para el ejercicio de la Patria Potestad: en estos casos, se opta por colocar a los hijos bajo la responsabilidad de los abuelos, hasta tanto ambos progenitores alcancen la mayoría de edad o se emancipen mediante matrimonio. Adoptan esta solución: A.- Argentina que implementa un sistema de tutela con preferencia al abuelo que convive con su nieto (Cód. Civil art. 264bis) y B.- Chile, operando de pleno derecho la suspensión de la responsabilidad parental y aplicándose las reglas de la tutela. (Cód. Civil arts. 267 y 268).

Legislaciones que reconocen el ejercicio pleno de la Patria Potestad para padres menores de edad: sin perjuicio de conservar el status de menor de edad, la maternidad en especial, y la paternidad en cierta medida, habilitan a estos progenitores a ejercer plenamente los deberes-derechos emergentes de esta función. Prevén este tratamiento A.- Bolivia (Cód. de Familia art. 255); B.- Costa Rica (Cód. de Familia art. 155); y C.- Perú (Cód. de Familia art. 393 y 421).

Legislaciones que reconocen el ejercicio limitado de la Patria Potestad para padres menores de edad: constituyendo una suerte de un sistema intermedio entre los antes descritos, en esta hipótesis las leyes han preferido excluir a los padres menores de edad del ejercicio de ciertos deberes-derechos, lo cual significa reconocer un cierto grado de incapacidad por parte de estos para el manejo de determinados actos jurídicos. Sistemas así organizados observamos en A.- Venezuela, que los excluye de la administración de los bienes y de la representación legal (Cód. Civil arts. 263 y 277); B.- El Salvador para los mismos actos (Cód. de Familia art. 210); y C.- Honduras, que excluye la administración de los bienes (Cód. de Familia art. 188).

Legislaciones que no establecen reglas particulares para estos casos: Algunos sistemas normativos omiten considerar en particular la situación de los padres extramatrimoniales menores de edad, en cuyo caso debe suponerse que se aplican las reglas generales relativas a la incapacidad de hecho y los mecanismos alternativos a la representación necesaria que ejercen los padres capaces en relación a sus hijos menores de edad. Encontramos en las leyes de: A.- Brasil, que ante el silencio normativo correspondería aplicar la tutela (ver Cód. Civil art. 1778), B.- México, donde la patria potestad la asumen directamente los abuelos paternos o maternos ante la incapacidad de los padres (Cód. Civil Fed. Arts. 428, 447, 496, 497 y 500), y C.- Panamá, en cuyo caso corresponde la guarda a través de la tutela (Cód. de Familia art. 345).

¹⁴³ Al respecto señala PLACIDO: “Podrán darse, como se han dado tradicionalmente y se dan en el derecho civil vigente, algunas ampliaciones analógicas de la institución tendentes a proporcionar una familia a quien, por causas naturales o por irregular práctica de la generación, carece en rigor de ella, o si la que tiene no puede cumplir sus funciones esenciales, lo que será de particular aplicación a los menores (sería el caso de la adopción). Pero tales ampliaciones solo podrán justificarse sobre la base del mantenimiento de la estructura esencial a toda familia, que deriva de las condiciones en que se produce la generación humana natural y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona”. PLACIDO, Alex. Op. Cit. p. 78

“Además del cumplimiento de las garantías constitucionales específicas que la Constitución concreta en otros preceptos, el deber de protección exige al Estado adoptar las medidas necesarias para el mejoramiento de la situación material y moral de la familia, así como impide a los poderes públicos homologar de cualquier forma con la familia a relaciones incompatibles, y aun contrarias a ella y a sus funciones esenciales.”¹⁴⁴

En base a lo anterior, según el Artículo 4º de nuestra Norma Fundamental, el primer deber constitucional para los poderes públicos es el de proteger jurídicamente a la familia según el modelo adoptado por nuestra Constitución. Evitando, por tanto, su desamparo como consecuencia de no hacerla objeto de un tratamiento jurídico acorde a su naturaleza y en ese sentido, más protector que el que se dispense a formas de convivencia al modo doméstico contrarias al modelo familiar constitucional.

La redacción del Artículo 4º se justifica además sobre la base de entender que, para la Constitución, la familia guarda inmediata relación con el matrimonio¹⁴⁵.

Al respecto, no debemos olvidar que el matrimonio es una realidad institucional que responde al ser de la persona humana, dentro del ámbito del desarrollo de su libertad. En ese sentido, “institucional” no significa el asiento en la realidad social, sino la fuerza virtual de la persona para dar origen a un tipo de relación particular. Una relación que la persona descubre en ella misma como algo definido, como algo a lo que se siente orientada, y a la vez como algo que es posible pero que no se impone con la fuerza de la necesidad¹⁴⁶.

El matrimonio es una relación de carácter social, y a pesar de las definiciones antropológicas que podamos esbozar del matrimonio, los principios relativos a la familia contenidos en la Constitución de 1993, son los siguientes:

- a) El principio de protección de la familia y del matrimonio
- b) El principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho

¹⁴⁴ PLACIDO, Alex, Op. Cit. p. 82

¹⁴⁵ En el mismo sentido, Luis Sánchez Agesta, citado por LACRUZ BERDEJO, José Luis, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA. “Elementos de derecho civil”. Vol. IV. *Derecho de familia*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 27; ALZAGA, Óscar. *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*. Madrid: Ed. del Foro, 1978, p. 311; GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo II. Madrid: EDERSA, 1982, p. 22.

¹⁴⁶ Cfr. BAÑARES, Juan Ignacio. “Matrimonio, Género y Cultura”, *Revista Ius Canonicum*, XLVIII, N° 96, 2008, p. 417

- c) El principio de protección especial de la niñez, adolescencia, maternidad y paternidad
- d) El principio de igualdad de los hijos frente a sus padres.

2.3.1. Principio de Protección de la familia, Promoción del Matrimonio y Régimen legal de Filiación (principio de igualdad de los hijos frente a sus padres)

La familia es una institución básica para el desarrollo de políticas de Estado en materia de protección integral de la minoridad y su destrucción es letal para cualquier intento de construir una sociedad fuerte y organizada sustentada en valores permanente¹⁴⁷.

Tradicionalmente, con la influencia de la Iglesia Católica, se consideraba “familia” a aquella formada por los padres casados e hijos biológicos. Luego se aceptaron las uniones de hecho, las familias monoparentales y las ensambladas.

La Constitución de 1920¹⁴⁸ protegía a la religión católica, y por lo tanto también a sus dogmas, entre ellos no aceptar el concubinato y que el matrimonio sea indisoluble.

El Código Civil de 1852¹⁴⁹ establecía que el matrimonio era perpetuo e indisoluble y sólo la muerte lo extinguía. Los cónyuges podían separarse de cuerpo por determinadas causales, que contenían supuestos de incumplimiento de los deberes del matrimonio por parte del otro cónyuge, pero no se rompía el vínculo marital.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Cfr. LANDO, Juan Carlos. “La Institución del Matrimonio”, *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo*, N° 60, Mayo 2010, p. 5

¹⁴⁸ Constitución Política del Perú. Artículo 1920. Artículo 5.- La nación profesa la religión Católica, Apostólica y Romana. El Estado la protege.

¹⁴⁹ Código Civil Peruano de 1852. Artículo 134: “Art. 134. El matrimonio legalmente contraído es indisoluble; acábase solo por la muerte de alguno de los cónyuges. Todo lo que se pacte en contrario es nulo, y se tiene por no puesto”.

¹⁵⁰ CARREON, Francisco. *¿Un nuevo matrimonio en el Perú?*. [ubicado el 15.IV.2014]. Obtenido en http://www.gacetajuridica.com.pe/informes/comentarios_b/diciembre_05/comentarioactual_enero_25.php.

La Constitución de 1933, si bien protegió a la Religión Católica, también reconoció la libertad de ejercer otras religiones, así lo señalaba su Artículo 231¹⁵¹, además de reconocer en su Artículo 51¹⁵² la protección al matrimonio, a la familia y a la maternidad.

En el Código Civil de 1936¹⁵³, se reconoció el divorcio absoluto, es decir, la disolución del vínculo matrimonial y la posibilidad de contraer nuevo matrimonio.

La Constitución de 1979 establece en su Artículo 5¹⁵⁴ que el Estado protege al matrimonio y a la familia, reconociéndola como institución fundamental de la Nación. De igual forma reconoce ciertos derechos a la figura de la unión de hecho en el Artículo 9¹⁵⁵ del capítulo referido a la familia.

Además de ello, establece derechos y deberes de los miembros de las familia, como por ejemplo el deber de los padres de educar¹⁵⁶ y alimentar a sus hijos, el deber de respetar y asistir a los padres, prohíbe toda mención sobre la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad, protege a la madre, al niño y al anciano, en caso de desamparo¹⁵⁷.

Como podemos apreciar, la protección a la familia y a sus miembros, ha pasado, con el devenir de los años, de la esfera privada a la esfera pública, la cual ya no

¹⁵¹ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 231: "Respetando los sentimientos de la mayoría nacional, el Estado protege la Religión Católica, Apostólica y Romana. Las demás religiones gozan de libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos".

¹⁵² Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 51: "El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley".

¹⁵³ Título I de la Sección Tercera del Código Civil de 1936. Artículo 247 y siguientes.

¹⁵⁴ Constitución Política del Perú de 1979. Artículo 5.- "El Estado protege al matrimonio y a la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por ley. La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia".

¹⁵⁵ Constitución Política del Perú de 1979. Artículo 9.- "La unión establece de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable."

¹⁵⁶ Constitución Política del Perú de 1979. Artículo 23: "El Estado garantiza a los padres de familia el derecho de intervenir el proceso educativo de sus hijos, y de escoger el tipo y centros de educación para estos"

¹⁵⁷ Constitución Política del Perú de 1979. Artículo 6: "El estado ampara la paternidad responsable. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos, está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad."

es guiada exclusivamente por la Iglesia Católica, sino que se comprende la necesidad de que sea tratada como un deber asumido por el Estado¹⁵⁸.

Dada la importancia de la familia, como núcleo y origen de la sociedad y pieza fundamental en la formación y desarrollo de la personalidad, es que al igual que con la persona humana en sentido individual, se ha protegido al nivel de derecho humano en los documentos internacionales tal y como lo analizamos ad supra en el acápite 2.1 del presente capítulo.

Se entiende entonces, que el matrimonio es la unión legal del hombre con la mujer para constituir, en el domicilio conyugal, una familia legítima en indisoluble comunidad de vida, para su recíproca asistencia física y espiritual, y para la crianza y educación de la prole.¹⁵⁹

Los derechos y deberes conyugales se encuentran legislados en el Código Civil, el que, según la pirámide Kelseniana, se haya ubicado inmediatamente después de la Constitución. Recordemos que la regulación que efectúa la legislación civil solo se justifica en razón del deber de pública protección de la familia que la Constitución ha reconocido recae sobre los poderes públicos¹⁶⁰. En esa misma línea, se podría afirmar que los fines del matrimonio son¹⁶¹:

1. Estabilizar las relaciones sexuales
2. Crear una familia y libre procreación
3. Generar en ella condiciones de óptimo desarrollo e igualdad

¹⁵⁸ Cfr. GONZALES LUNA, María Alejandra. *“Los Retos del Derecho ante las nuevas formas de Familia”*. *Comentarios a la Jurisprudencia*, Palestra del Tribunal Constitucional, Año 3, N° 03, Marzo 2008, p. 96

¹⁵⁹ Cfr. CRUZADO BALCAZAR, Alejandro. *“Desnaturalización oficial de la institución matrimonial”*, *VLex Internacional*, N° 5, enero 2010, p. 25.

¹⁶⁰ PLACIDO, Alex, Op. Cit., p. 83. En este sentido, el autor agrega que: “Otras medidas de protección de la familia pueden tener y tienen carácter fiscal o toman la forma de prestaciones y ayudas de diversa índole, aunque con frecuencia integradas en actuaciones de asistencia social que toman en especial consideración —o deben hacerlo— la realidad familiar. No obstante debe advertirse, desde luego, sobre la conveniencia de diferenciar lo que sea asistencia social y lo que sea apoyo y protección a la familia, para que cuando sea necesario integrar una y otra línea de actuación, se haga adecuadamente y no se produzca el efecto —nada hipotético— de que medidas de tipo social puedan despreteger, marginar o perjudicar a la familia”.

¹⁶¹ Cfr. VILADRICH Pedro-Juan. *La Agonía del Matrimonio Legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*. Instituto de Ciencias Para la Familia, 4ta edición, Pamplona-Navarra, Editorial EUNSA, 2001, p. 69

4. Cohabitación y fidelidad
5. Ayuda mutua
6. Generación de derechos y obligaciones.

En palabras de BLANCO, el matrimonio tiene como fin perentorio, establecer una esfera de relaciones a través del vínculo conyugal y de la posesión constante del estado de casados. De allí surgen como consecuencia, deberes y derechos interpartes necesarios para la conservación y fortalecimiento del vínculo, que ni los cónyuges ni terceros pueden alterar, modificar, suprimir o desconocer¹⁶². Y es que, sin deberes o derechos patrimoniales, el matrimonio tiene carácter de ficción, no es la libre voluntad la que determina los deberes y derechos que nacen del matrimonio, éstos son determinados por ley, con independencia de los esposos, quienes sólo consolidan la institución.¹⁶³

El fin más peculiar del matrimonio, el bien que más propiamente se consigue con él, son los hijos en cuanto fruto de la íntima y plena solidaridad de la unión de los cónyuges. Esta solidaridad resulta indispensable para la procreación y la educación de los hijos.

Nuestro ordenamiento jurídico entiende que los hijos constituyen una responsabilidad común del varón y de la mujer que los han engendrado y que, por ello, deben ser sus educadores en la medida en que esto les sea posible.

“La responsabilidad primordialmente genética y subsiguientemente educativa, atañe, de una mera natural y solidaria a los progenitores. Es, de un modo objetivo, una

¹⁶² En el mismo sentido Blanco María agrega que: “En esencia, el matrimonio es realidad jurídica porque crea relaciones de justicia entre las partes y con terceros. Pero, además, el matrimonio interesa al Derecho. Y ¿por qué?, es decir ¿por qué proteger el matrimonio tal y como se entiende ahora? La respuesta, por evidente, es difícil aceptar: porque la unión matrimonial- hombre y mujer- está también al servicio de la conservación en condiciones propiamente humanas de la especie- lo que supone bastante más que la mera procreación-, y por tanto, de la sociedad (que es lo que debe proteger el Derecho). El hecho de que algunas parejas no tengan hijos no determina el fin del matrimonio. Como en todo, la excepción confirma, no invalida, la regla”. , 26-27

¹⁶³ RECASENS se pronuncia de la misma forma al afirmar: “La perfección de un acto se mide por su consecuencia ulterior, cuando un acto jurídico está desprovisto de finalidad, no es obra de la inteligencia porque no tiene justificación humana ni motivación. Es absurdo por estar privado de sentido. Cuando las normas carecen de realización fáctica regular, no son Derecho. Serán a lo sumo una pretensión de Derecho, un intento fallido de der Derecho”. RECASÉNS SICHES, Luis. *Filosofía del Derecho*, 2da Edición, México D.F., Editorial Porrúa S.A. 1961, p. 255

responsabilidad solidaria, ni más ni menos que por la misma razón en virtud de la cual son los hijos, de una manera natural, un bien común de sus padres”¹⁶⁴.

Esta relación especial entre padres e hijos podemos explicarlo en virtud al principio “progenitorial” analizado ad supra. Este presenta dos modalidades conocidas: la del *código paterno* y la del *código materno*¹⁶⁵, independientemente de si esta filiación tiene origen en la realidad matrimonial o extramatrimonial¹⁶⁶. Por ello, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la importancia de ambas figuras y en virtud a un nexo regido en base al interés superior del niño, eliminó cualquier tipo de diferencia en virtud del reconocimiento de la igualdad de derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

En el régimen de filiación del Código Civil de 1984 se reconocen idénticos derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí.

Bajo este razonamiento, en el sistema constitucional vigente, la familia que se protege es una sola sin importar si tiene origen matrimonial o extramatrimonial. En ese sentido, el Tribunal Constitucional establece que *“sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad”*¹⁶⁷. Añade que “no podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias

¹⁶⁴ MILLAN PUELLES, Antonio. *Léxico Filosófico*, Segunda Edición, Madrid, Ediciones Rialp S.A., 2002, p. 295.

¹⁶⁵ En palabras de CALVO CHERO, podemos entender el sentido del término “código paterno” de la siguiente manera: “El hecho de ser padre conlleva un tipo de responsabilidad diferente de la que implica ser un marido y requiere un compromiso adicional. Este cambio afectará a las elecciones, el comportamiento y las prioridades del hombre en su vida cotidiana. Esto lleva tiempo; la paternidad es un papel en el que los hombres crecen gradualmente. La paternidad es verbo (fathering), no sustantivo. Ser padre es por encima de todo, en palabras de Benedicto XVI, ser “servidor de la vida y del crecimiento.” CALVO CHARRO, María. *Alteridad Sexual, la verdad intolerable. Ideología de Género y su repercusión en el hombre y la sociedad*. Colección Argumentos para el Siglo XXI, Editorial Digital Reasons, 2013, p 93.

¹⁶⁶ Son las nuevas consideraciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Constitución de 1993, las que exigen un nuevo diseño del régimen legal de filiación. El derecho del niño a conocer a sus padres, contenido en el Art. 7.1 del referido tratado de derechos humanos, en relación con el derecho de toda persona a su identidad a que se refiere el artículo 2.1 de la Constitución de 1993, implican que el ordenamiento legal debe reconocer el derecho de toda persona para reclamar la determinación de su filiación o para impugnarla según sea el caso, sobre la base de la probanza del nexo biológico entre progenitores y procreados.

¹⁶⁷ STC 06572-2006-PA del 06 de noviembre de 2007 {Expediente número 06572-2006-PA/TC} [Ubicado el VI del 2014]. El texto completo puede ubicarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.html>

extramatrimoniales”. Bajo el criterio del Tribunal el instituto familiar trasciende al del matrimonio, con lo cual puede darse la situación de que extinguido el matrimonio, persista la familia.

Compararemos las previsiones que sobre la familia contienen las Constituciones de 1979 y 1993.

- a. Constitución de 1979: Aquí, la figura del matrimonio y familia aparecen vinculados, es claro que la familia que se protege es la de origen matrimonial y la unión de hecho no es fuente generadora de una familia, ésta es productora de puros efectos patrimoniales, desde que de ella no nacía una familia¹⁶⁸.
- b. Constitución de 1993: La figura del matrimonio y familia se encuentran desvinculados, la familia que se protege es principalmente aquella que nace de un matrimonio, aunque no es la única fuente. La unión de hecho también es considerada como generadora de una familia y produce efectos tanto personales como patrimoniales.¹⁶⁹

Hoy, con la Constitución de 1993, la familia puede nacer tanto de un matrimonio como de una unión de hecho, extendiéndose el mandato de protección constitucional a la familia nacida de ella. Se está, pues, ante la desinstitucionalización del matrimonio, pues éste no es la única fuente de la que se genera una familia. Por tanto, el modelo constitucional admite otras fuentes de las que se derivan otros tipos de familia¹⁷⁰.

Tal y como se ha descrito, es perceptible el esfuerzo hecho porque la palabra “matrimonio” se configure como un término polisémico, con el único afán de incluir bajo su espectro a realidades distintas a su significación más propia. Como

¹⁶⁸. Constitución Política del Perú de 1979: “Artículo 5: El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.

Artículo 9: La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.

¹⁶⁹ Constitución Política del Perú de 1993: “Artículo 4: La comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven al matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Constitución Política del Perú de 1993 Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.”

¹⁷⁰ Cfr. PLACIDO, Alex. Op. Cit. p. 89

afirmamos con anterioridad, la protección jurídica de la familia que ordena el Artículo 4° comienza con la debida promoción jurídica del matrimonio a la que obliga la misma disposición constitucional, favoreciendo con ella lo más posible una estabilidad jurídica del vínculo que refleje lo imperecedero e indeleble del nexo biológico que subsiste entre las personas por razón de la generación.

Sin embargo, además de la presencia de hijos extramatrimoniales que requieren atención del Estado y que conlleva a una colisión con la protección al principio de promoción del matrimonio, debe advertirse otro conflicto constitucional que enfrenta el legislador: la ponderación entre el mencionado principio de promoción del matrimonio y el derecho al libre desarrollo y bienestar de la persona como principal justificación del divorcio.¹⁷¹

Es preciso mencionar la reciente Ley N° 29227¹⁷², que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías, entre los requisitos que deben cumplir los cónyuges la ley describe las siguientes:

- a. No tener hijos menores de edad o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a la Ley N° 26872¹⁷³ y su Reglamento, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia, y de visitas de los hijos menores de edad.
- b. No tener hijos mayores con incapacidad, o de tenerlos contar con sentencia judicial firme acta de conciliación emitida conforme a la Ley N° 26872 y su Reglamento, respecto a los regímenes de ejercicio de curatela, alimentos y

¹⁷¹ Nuestro Tribunal Constitucional reconoce tal contradicción al afirmar:“(…) en consecuencia, nos encontramos ante dos valores reconocidos como constitucionales legítimos: la defensa y conservación del vínculo matrimonial, finalidad del Art. 337 del Código Civil, y la defensa de algunos de los derechos fundamentales de la persona individual, esté o no casada (...) Que si bien la finalidad de la conservación del matrimonio que contiene el Art. 337 del Código Civil es legítima, no debe preferirse ni sacrificarse a la consecución de ésta, otras finalidades también legítimas y constitucionales, referidas a la defensa y desarrollo de la persona humana como tal, pues, a juicio de este Tribunal, los derechos humanos citados (...) tienen mayor contenido valorativo y constituyen finalidades más altas y primordiales que la consecución del matrimonio.” STC 018-96-I del 29 de abril de 1997 [Expediente número 018-96-I/TC]. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00018-1996-AI.html>

¹⁷² Ley N° 29227 Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías. [ubicado en 20.III.2014] Obtenido en <http://spji.minjus.gob.pe/Normas/textos/160508T.pdf>.

¹⁷³ Ley N° 26872, Ley de Conciliación [ubicado en 20.III 2014] Obtenido en http://www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/normatividad/27_ley_26872.pdf.

visitas de los hijos mayores con incapacidad. Para el caso de estos hijos mayores con incapacidad, los cónyuges deberán contar, además, con la copia certificada de las sentencias que declaran la interdicción de aquellos y el nombramiento de su curador.

- c. Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o contar con Escritura Pública de sustitución o de liquidación del régimen patrimonial, inscrita en los Registros Públicos. La solicitud de separación convencional y divorcio ulterior se presenta por escrito, señalando nombre, documentos de identidad, último domicilio conyugal, domicilio de cada uno de los cónyuges para las notificaciones pertinentes, con la firma y huella digital de cada uno de ellos. El contenido de la solicitud deberá expresar de manera indubitable la decisión de separarse.

Sin duda esta ley demuestra que el sistema de divorcio en el Perú ha caminado hacia la simplificación hasta llegar a la desjudicialización del trámite, olvidando al parecer que, el proceso de divorcio es de vital importancia pues está en juego la modificación del estado de la familia de los que dejarán ser cónyuges y de sus hijos.

Al parecer, si bien nuestra legislación promueve el matrimonio, con el afán de no ser ajena al contexto social y a los fenómenos que en el mismo se producen, considera como punto de partida necesario y urgente la protección a todas las familias, aun cuando las mismas no tengan como base el matrimonio, queda la pregunta si tal situación será eventualmente positiva o no para la convivencia y el desarrollo social.

2.3.2 Principio del reconocimiento legal de las uniones de hecho

Otra muestra de lo planteado hasta el momento, es la regulación jurídica de las uniones de hecho que ha tenido lugar en nuestro país, primero con la Ley 28542¹⁷⁴ y con la más reciente Ley N° 30007¹⁷⁵ del 17 de abril del año dos mil

¹⁷⁴ La Ley 28542, Ley de fortalecimiento de la Familia, se dio con el fin de promover y fortalecer el desarrollo de la familia, con especial atención en situación de riesgo y de extrema pobreza. En ella se determinan quince líneas de acción a seguir por el Estado y demás entes públicos para alcanzar los objetivos fijados por la ley. En la décima línea de acción se prevé promover medidas para que las uniones de hecho puedan formalizar su situación legal mediante el matrimonio. Es lo que le corresponde al Estado, la protección de la familia fundada en el matrimonio, porque crea un vínculo jurídico, una unión estable

trece, que modifica los artículos 326¹⁷⁶, 724¹⁷⁷, 816¹⁷⁸ y 2030¹⁷⁹ del Código Civil, el inciso 4 del artículo 425¹⁸⁰ y el artículo 831¹⁸¹ del Código Procesal Civil, los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley 26662¹⁸², a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho.

comprometida, porque supone una estabilidad institucional, una familia educadora que debe proteger e invertir en esfuerzos personales y económicos en los hijos, en beneficio de la sociedad. Si bien la unión de hecho está reconocida constitucionalmente, lo que da lugar es a un hogar de hecho, el legislador no ha utilizado el término familia. Se habla de *affectio*, como causa primera de la unión concubinaria.

¹⁷⁵ Véase CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU: *Ley que modifica los artículos 326°, 724°, 816° y 2030° del Código Civil, el inciso 4 del artículo 425 y el artículo 831 del Código Procesal Civil, los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho.* 2014 [Ubicado el 15.V 2014]. Obtenido en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/30007.pdf>

¹⁷⁶ Cfr. Ley N° 30007 que Reconoce Derechos Sucesorios a Uniones de Hecho, [ubicado el 15.V 2014]. Obtenido en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/30007.pdf>.

Según esta norma, el artículo 326 del Código Civil queda modificado en el siguiente sentido: “Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.”

¹⁷⁷ Cfr. Ley N° 30007 que Reconoce Derechos Sucesorios a Uniones de Hecho, Ibid. Según esta norma, el Artículo 724 del Código Civil queda modificado en el siguiente sentido: “Artículo 724.- Herederos forzosos Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.”

¹⁷⁸ Cfr. Ley N° 30007 que Reconoce Derechos Sucesorios a Uniones de Hecho, Ibid. Según esta norma, el Artículo 816 del Código Civil queda modificado en el siguiente sentido “Artículo 816. Órdenes sucesorios: Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad. El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.”

¹⁷⁹ Cfr. Ley N° 30007 que Reconoce Derechos Sucesorios a Uniones de Hecho, Ibid. Esta norma incorpora el inciso 10 al artículo 2030 del Código Civil y queda modificado de la siguiente manera: “Artículo 2030.- Actos y resoluciones registrables, Se inscriben en este registro: (...) 10.- Las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas por vía judicial.”

¹⁸⁰ Cfr. Ley N° 30007 que Reconoce Derechos Sucesorios a Uniones de Hecho, Ibid. Esta norma modifica el inciso 4 del artículo 425 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, conforme al siguiente texto: “Artículo 425.- Anexos de la demanda: A la demanda debe acompañarse: (...) 4. La prueba de la calidad de heredero, cónyuge o, en su caso, de integrante sobreviviente de la unión de hecho, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses y en el caso del procurador oficioso; (...)”

¹⁸¹ Cfr. Ley N° 30007 que Reconoce Derechos Sucesorios a Uniones de Hecho, Ibid. Esta norma incorpora un párrafo final en el artículo 831 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, conforme al siguiente texto: Artículo 831. Admisibilidad (...) De ser el caso, se acompaña a la solicitud la constancia de inscripción de la unión de hecho en el Registro Personal.”

¹⁸² Cfr. Ley N° 30007 que Reconoce Derechos Sucesorios a Uniones de Hecho, Ibid. Esta norma modifica los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, conforme al siguiente texto: “Artículo 35°.- Solicitud.- La comprobación de testamentos se solicita mediante petición escrita que suscribirá: 1. Quien por su vínculo familiar con el causante se considere heredero forzoso o legal, incluido el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida

El reconocimiento de la unión de hecho en la Constitución de 1979 fue resultado del elevado número de personas que practicaban el concubinato y fue a partir de la sentencia recaída en la STC 03605-2005-AA, que el Tribunal reconoce a las uniones de hecho como una forma de familia que trae consecuencias distintas a las del matrimonio¹⁸³.

Las uniones de hecho a las que se refiere el Tribunal, son aquellas que cumplen con los requisitos establecidos en la Constitución de 1993 y en el Código Civil de 1984: i) Unión heterosexual, ii) Unión estable, con un mínimo de dos años de

conforme a ley; 2. Quien se considere instituido heredero voluntario o legatario, y;. Quien sea acreedor del testador o del presunto sucesor. Artículo 38°.- Procedencia.- La solicitud será presentada por cualquiera de los interesados a que alude el artículo 815 del Código Civil, o por el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida conforme a ley, ante el notario del lugar del último domicilio del causante. Artículo 39°.- Requisitos.- La solicitud debe incluir: (...) 4. Partida de matrimonio o la inscripción en el Registro Personal de la declaración de la unión de hecho, adjuntándose, según sea el caso, el testimonio de la escritura pública o la copia certificada de la sentencia judicial firme; (...)”

¹⁸³ STC 03605-2005-AA del 08 de marzo de 2007 {Expediente número 03605-2005-AA/TC}. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03605-2005-AA.html>. A través de esta sentencia, el Tribunal Constitucional desarrolla la definición de familia y matrimonio: Considerando 3 “Aun así, la Constitución ordena la promoción del matrimonio, para que se siga una formalidad establecida en la norma interna, y, asimismo, destaca como ideal que toda familia esté conformada matrimonialmente. Hablando del Estado y de la comunidad, señala en el artículo 4.º que: (....) También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Al respecto, este Colegiado ha venido a explicar con total claridad, dentro del fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 2868-2004-AA/TC, que:

En primer lugar, el Tribunal ha de recordar que del artículo 4º de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho constitucional al matrimonio. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el ‘Estado protege a la familia y promueve el matrimonio’, reconociéndolos como ‘institutos naturales y fundamentales de la sociedad’, con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional.

Más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido.

Y pese a la promoción del instituto del matrimonio, se ha llegado a constitucionalizar una situación fáctica muy concurrente en el país, pues existen familias que están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente. Y es justamente sobre tal tipo de unión es sobre el cual debe desarrollarse la presente sentencia”. STC 2868-2004-AA del 24 de noviembre de 2004 {Expediente número 2868-2004-AA/TC}. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.html>.

duración, iii) Unión voluntaria, iv) Pareja libre de impedimento matrimonial y v) Unión con finalidades semejantes a las del matrimonio¹⁸⁴.

Con la nueva Ley, básicamente se ha reconocido la vocación hereditaria del “integrante sobreviviente” de la unión de hecho. Tratándose en este caso de la unión de hecho acorde con los requisitos establecidos en el Artículo 326° del Código Civil, pues voluntariamente deben haber unido sus vidas un varón y una mujer, que deben encontrarse libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, unión que debe haber durado dos años continuos.

Al respecto no debe olvidarse que el matrimonio y la unión de hecho o concubinato, son dos realidades distintas, son desiguales y requieren asimismo un tratamiento desigual. No por el mero deseo del legislador, o de los mismos concubinos, se puede convertir en derecho.

“Napoleón ya lo advirtió, los concubinos no quieren estar sometidos a la ley, entonces que la ley no los tenga en cuenta”. La unión de hecho supone una voluntad antimatrimonial, donde la libre ruptura es la característica esencial de la unión libre, es lo que une a los convivientes¹⁸⁵.

Toda unión de hecho parte de un presupuesto esencial: una pareja no desea someter su relación de convivencia estable al régimen preceptuado por el ordenamiento jurídico.

Si pudiendo haber contraído matrimonio, optaron por desarrollar su vida en común fuera de dicha institución, es porque su voluntad fue precisamente dotar a su relación de un marco distinto. Sin embargo, más allá de dicha voluntad, lo cierto es que, como ocurre en cualquier relación, se presentan retos que el Derecho, como ciencia, debería resolver, siempre dentro de un marco de respeto hacia ese carácter voluntario de la unión, bajo un criterio de mínimos. En este mismo sentido, señala LACRUZ que la Ley debería únicamente abordar “aspectos

¹⁸⁴ Las características señaladas se pueden rescatar del contenido de la STC 06572-2006-AA del 06 de noviembre de 2007 {Expediente número 06572-2006-PA/TC} El texto completo de la sentencia puede encontrarse en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.html>.

¹⁸⁵ DE LA FUENTE Y HONTAÑO, Rosario. *Algunas reflexiones en torno a la Ley 30007: ¿Similitud o equiparación de los derechos hereditarios a los concubinos? ¿Una ley desfiguradora de la familia tradicional?* [ubicado el 10.III 2014]. Obtenido en <http://udep.edu.pe/cmsfiles/cont/5367/cont/files/Rosario%20de%20la%20Fuente.pdf>

puntuales, aquello que sea estrictamente necesario para atender a los problemas que puedan plantearse en los casos de ruptura conflictiva de pareja”¹⁸⁶

2.3.3. El principio de protección especial de la niñez, adolescencia, maternidad y paternidad.

Detrás de la valoración circunstancial de cuál es “el interés del niño” subyace como criterio general aquello que es beneficioso para la infancia¹⁸⁷. Cuando se defiende el interés del niño, ello implica la protección y defensa de un interés privado, pero, al mismo tiempo, el amparo de un interés social¹⁸⁸. Estos derechos exceden la familia en cuanto corresponden al niño carente de ésta.

La convención sobre los Derechos del Niño introdujo el principio de consideración primordial del interés superior del niño¹⁸⁹ al disponer:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”¹⁹⁰,

Como podemos apreciar, lo establece como principio general del derecho y estándar jurídico básico que rige las relaciones de los niños con el mundo adulto.

¹⁸⁶ LACRUZ BERDEJO citado por BEGOÑA CUENCA, Alcaine. “El marco jurídico de las Uniones de Hecho en España”, Octubre, 2010 [ubicado el 10.III 2014]. Obtenido en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201010-3579518234528614.html>

¹⁸⁷ En el mismo sentido AGUILAR CAVALLLO afirma: “El sujeto de la Convención sobre los Derechos del Niño es precisamente el niño. El objeto de la convención es reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos, ya que ellos tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos y, además, son beneficiarios de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable. De este modo, como se señaló precedentemente, el artículo 1º de la CDN establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. “El principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, Año 6, N° 1, 2008, p. 228

¹⁸⁸ P. GROSMAÑ, Cecilia. Op.Cit. p. 40

¹⁸⁹ En ese sentido agrega MENDEZ COSTA: “La fórmula no es empleada en otros documentos internacionales, pero si lo están los derechos del niño que, obviamente, suponen su interés y que comienzan a tenerse en mira desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (Art. VIII), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25, párr. 2), con recepción en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y, con más detalle, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 24) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Art. 10, párr. 3; 12, párr. 2. a y 13)”. MENDEZ COSTA, María Josefa. *Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia*, 1era Edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 314.

¹⁹⁰ Véase THE UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND: *Convención sobre los derechos del niño*, 2014 [ubicado el 10.III 2014]. Obtenido en http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30160.html.

En el ordenamiento jurídico peruano, la Constitución Política reconoce una protección especial al niño y al adolescente¹⁹¹, además de ello, establece en el Artículo 6¹⁹², como objetivo de la política nacional de población, la promoción de la paternidad y maternidad responsable; el deber y derecho de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como la igualdad de los hijos sin considerar el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación.

Por otro lado, el Código de los Niños y Adolescentes precisa en su Artículo IX:

*“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos.”*¹⁹³

De igual forma, nuestro país desde el año 1990 se encuentra obligado internacionalmente con la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Podemos concluir entonces que, la protección del interés superior del niño se erige en responsabilidad primordial del Estado al momento de diseñar las leyes tendientes a la protección de los niños y adolescentes¹⁹⁴, siendo así, estamos de acuerdo en que no puede pensarse en el interés del niño a ser alimentado, educado o cuidado en su salud si no se promueven servicios o políticas que faciliten recursos para que la familia pueda satisfacer tales requerimientos. *“No es posible diseñar una política que mejore la calidad de vida de la niñez sin confrontarla con los problemas de la pobreza o inseguridad que sufren los padres*

¹⁹¹ Constitución Política del Perú, Artículo 4

¹⁹² Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 6.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

¹⁹³ Código de los Niños y Adolescentes, Artículo IX: *“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”*

¹⁹⁴ El artículo 55 de la Constitución nacional señala que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional. Además, en las disposiciones finales y transitorias se resalta que: *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Constitución Política del Perú de 1993.*

*que los tienen bajo su cuidado*¹⁹⁵. Resulta difícil separar los derechos del niño de los derechos de los adultos encargados de cuidarlos y acogerlos.

En nuestro ordenamiento jurídico, diversas son las políticas públicas puestas en marcha para lograr cumplir en la práctica los mandatos descritos. Actualmente nuestro país cuenta con la Dirección de Políticas sobre Niñas, Niños y Adolescentes, la cual se encarga de promover políticas sobre la infancia y adolescencia, así como velar por el cumplimiento de los objetivos del Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia 2012-2021¹⁹⁶.

No es reciente la actuación de los poderes del Estado en beneficio del niño y adolescente, ésta también ha sido objeto de pronunciamientos judiciales; en nuestro país existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional que amplían el concepto de familia con el objetivo resguardar el interés superior del niño.

Así tenemos el pronunciamiento recaído en la STC 09332-2006-PA que amplió el concepto de familia, incluyendo a las monoparentales y a las ensambladas o reconstituidas¹⁹⁷. Este tipo de familia no ha sido regulado por la Constitución ni por el Código Civil, sin embargo el TC define a la misma de la siguiente manera: *“Las familias pre constituidas o ensambladas son aquellas en las que se incorporan nuevos miembros después del divorcio o viudez (hijastro-padrastro) (...)”*¹⁹⁸.

¹⁹⁵ P. GROSMAÑ, Cecilia. Op. Cit. p. 44

¹⁹⁶ Aprobado mediante Decreto Supremo N°001-2012-MIMP y liderado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en su calidad de ente Rector del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente.

¹⁹⁷ STC 09332-2006-PA del 30 de noviembre de 2007 {Expediente número 09332-2006-PA/TC}. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.html>. Mediante esta sentencia, el Tribunal Constitucional peruano establece en su Considerando 7 “Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.”

¹⁹⁸ STC 09332-2006-PA del 30 de noviembre de 2007 {Expediente número 09332-2006-PA/TC}. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.html>. Mediante esta sentencia, el Tribunal Constitucional peruano establece en su Considerando 8 “ En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el nomen iuris de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el

En la misma línea MOMBERG ha conceptualizado a la familia ensamblada como *“la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa”*¹⁹⁹ y nuestro Tribunal Constitucional lo ha entendido de la misma manera, pero además de ello señala que no basta que uno de los cónyuges de la nueva unión tenga hijos de un anterior compromiso, sino que se deben cumplir además ciertos requisitos:

*“Desde luego, la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín. De otro lado, si es que el padre o la madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida.”*²⁰⁰

Como podemos observar, con las delimitaciones planteadas por el Tribunal Constitucional no cabe duda que este tipo de familias tienen una estructura compleja formada por una multiplicidad de vínculos.

Sin embargo, de las definiciones planteadas aún quedan algunos temas sin resolver²⁰¹, entre uno de los más saltantes, podemos señalar la ambigüedad en los roles de los nuevos miembros de la familia, además de no tenerse claro cuáles son las pertenencias, los lazos o la autoridad, tanto dentro de la familia como de parte de terceros.²⁰²

El Tribunal no sólo reconoce a las familias ensambladas, sino que otorga derechos a hijastros como parte de su nueva familia, señalando que cuando se cumplen los requisitos, resulta arbitrario diferenciar entre los hijos de la nueva unión de los hijos de uno de los miembros de la pareja. Es evidente que, el hecho

divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinar de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”.

¹⁹⁹ MOMBERG ALARCON, Marcela, “Familia Ensamblada y El interés Superior del Niño”, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 227-228, año LXXVIII, Enero-Diciembre 2010, p. 128.

²⁰⁰ STC 09332-2006-PA del 30 de noviembre de 2007 {Expediente número 09332-2006-PA/TC}. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.html>

²⁰¹ Debemos tener en cuenta que para que exista una familia ensamblada o reconstituida debe existir también alguna relación de interdependencia, especialmente respecto de la obligación alimentaria o la de seguridad social, por otro lado, los padres afines y el hijastro deberán habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad y reconocimiento.

²⁰² Cfr. GONZALES LUNA, María Alejandra. Op. Cit. p.99.

que se reconozca derechos al hijastro de su nueva familia no exime de responsabilidades al padre o madre biológicos que no viven con él.

De acuerdo a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la actuación del Estado en defensa del interés del niño puede ser positiva o bien tener efectos negativos. Asume formas beneficiosas cuando, con una visión preventiva, presta apoyo y asistencia a la familia para que pueda cumplir su función de crianza y educación de los hijos, asistencia que no solo debe limitarse al aspecto económico, sino que comprende la orientación, educación e incluso, la acción terapéutica. Por lo pronto, aun cuando la Sentencia en mención entienda de forma correcta, que la paternidad y maternidad son funciones no meramente biológicas sino aquellas efectivamente ejercidas en el tiempo y en el ámbito socio-afectivo, debemos prestar atención al tratamiento incompleto de la figura de este tipo de familia, ya que estos derechos reconocidos de manera general a los hijastros dentro de sus nuevas familias son necesario incluirlos por ejemplo, tanto en materia penal como en civil.

En materia penal, por ejemplo, es indispensable agregar a los padrastros, madrastras e hijastros en los agravantes de los delitos de lesiones y de violación sexual, porque lo que caracteriza a esos agravantes es el vínculo emocional y afectivo que mantienen con la víctima. En materia civil, haría falta delimitar por ejemplo, la forma de cumplimiento del Artículo 423²⁰³ del Código Civil sobre los derechos y deberes correspondientes a la patria potestad.

Como se puede observar, todo lo analizado hasta el momento denota la dinamicidad del derecho nacional, pues los cambios sociales y jurídicos y su influencia en la estructura familiar han motivado la regulación de aspectos como: la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio, las grandes

²⁰³ Código Civil Peruano de 1984. Artículo 423: "Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: 1.- Proveer al sostenimiento y educación de los hijos. 2.- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes. 3.- Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores. (*) 4.- Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación. (*) 5.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario. 6.- Representar a los hijos en los actos de la vida civil. 7.- Administrar los bienes de sus hijos. 8.- Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004". [ubicado el 10.III 2014]. Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>.

migraciones a otras ciudades, los que han sido oportunamente tomados en cuenta por el Estado a fin de no desproteger y salvaguardar los derechos de todos los ciudadanos peruanos. Sin embargo, en ese afán, también se han presentado algunos errores y contradicciones.

CAPÍTULO 3

RETOS PARA LA PROTECCIÓN ESTATAL DE LOS DERECHOS DE LA FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En el siguiente capítulo constataremos si el tratamiento estatal de nuestro país hacia la familia realmente responde a sus características y necesidades naturales o a los continuos cambios socio-culturales.

3.1 Crisis y cambios en el desarrollo de la persona y familia en el ordenamiento jurídico peruano.

El tratamiento legal de la familia en nuestro país nos demuestra que no resulta un error afirmar que *“el derecho, así como nuestra sombra nos acompaña de la cuna a la tumba”*²⁰⁴. Esta frase encierra una realidad indiscutible, el hombre se encuentra imbuido en un contexto social que remite necesariamente a un conjunto de normas cuyo cumplimiento conlleva a una convivencia pacífica; es por ello que el análisis del derecho no sólo debe englobar su aspecto morfológico, debe también ser entrelazada al análisis del hombre mismo.

Sin duda, el *ser humano* es sustancialmente especial y distinto, es por ello que las conductas manifestadas por el resto de sus congéneres no le son indiferentes; tan es así, que la perfección social dependerá en gran medida del grado de perfección de todos y cada uno de los individuos que la componen. Por tanto el Estado como principal interesado en el pleno desarrollo de la sociedad, es consciente que este fin sólo puede conseguirse reconociendo en la persona el valor jurídico que le corresponde de acuerdo a su dignidad intrínseca.

Sin embargo, pese a la necesaria actividad legislativa estatal en torno a la protección de la persona y el respeto de su dignidad²⁰⁵, tal como hemos expuesto,

²⁰⁴ SANTA MARIA D'ANGELO, Rafael. “La Reflexión Jurídica de Sergio Cotta y su Aporte al Derecho Contemporáneo” en *Derecho y Moral en el Debate Iusfilosófico Contemporáneo*, Primera Edición, Arequipa-Perú, Editora Universidad Católica San Pablo, 2010, p. 332.

²⁰⁵ Constitución Política del Perú, Artículo 1: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” [ubicado el 20. III. 2014]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>.

existe una institución natural anterior al Estado mismo y encargada por excelencia del cuidado integral de la persona: La Familia.

En el desarrollo de nuestra investigación demostramos que el primer entorno vital de la persona es la familia, en ese sentido corresponde al Estado procurar su desarrollo y promoción. Sin embargo, las políticas públicas aplicadas por nuestro ordenamiento jurídico se encuentran teñidas de un tinte individualista que, si bien busca el verdadero bienestar de la familia, parece desviarse por el amparo de intereses o pretensiones sociales surgidos en un contexto social e histórico determinados.

Como bien sabemos, las políticas públicas son resultado del momento histórico que vive cada sociedad y los procesos derivados de su entorno sociocultural, político, ambiental y económico; como también, de los cambios y transformaciones que éstas generan²⁰⁶. Sin embargo, la misión del Estado es coordinar subsidiariamente –no reemplazar- la actividad libre de las familias para que contribuyan al bien común y al perfeccionamiento integral de todos los miembros de la sociedad.

Es en mérito al principio de subsidiariedad que la sociedad está al servicio del ciudadano y su tarea principal es el logro del bien común, principalmente la de asegurar el desarrollo del individuo y el respeto de su dignidad.²⁰⁷

Esta noción de subsidiariedad implica en el plano político dos imperativos esenciales:

El deber del poder central de abstenerse de intervenir cada vez que la autoridad periférica sea capaz de atender eficazmente sus necesidades. Y la obligación del poder central de intervenir cada vez que la autoridad periférica carezca de los medios necesarios para llevar a cabo con eficacia una determinada acción²⁰⁸.

²⁰⁶ FRANCO PATIÑO señala al respecto: “La política se refiere a la forma como se estructuran, deliberan y definen los lineamientos o marcos generales de actuación del Estado, en contextos socio históricos particulares, así como a los criterios de acción para atender las problemáticas sociales.” FRANCO PATIÑO, Sandra Milena y SANCHEZ VINASCO, Gloria Inés. “Las familias, ¿Un asunto de políticas públicas?, Estado del arte de las políticas públicas de familia en Colombia 1960-2005”, *Revista Sociedad y Economía* N°14, Mayo, 2008, p. 3.

²⁰⁷ Cfr. GRANDE ARANA, Juan Ignacio y HERRERA MOLINA, Miguel Ángel, “La Función del Derecho y del Estado sobre la Familia: Razón o Ideología”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Volumen I, Número 9, Mayo 2013, p. 68.

²⁰⁸ *Ibid.* p. 68.

Es necesario que, la actividad del Estado en materia de políticas públicas se encuentre delimitado de tal modo que no incurra en una injerencia innecesaria o perjudicial en la familia, ni siquiera en mérito a un aparente estado de bienestar²⁰⁹.

Hoy más que nunca, debemos dejar claro que aquel “bienestar” perseguido por las políticas públicas de nuestro país no deben significar de ninguna manera la satisfacción de arbitrarias pretensiones individuales o el bienestar de los miembros de la familia como elementos aislados. Sólo entendiendo los verdaderos beneficios que trae consigo la familia – que no resultan ser beneficios sólo para sus miembros, sino también para la sociedad- se podrán elaborar políticas públicas efectivas. Es decir, dichas políticas no deben dirigirse solo a solucionar problemas concretos como el alto nivel de delincuencia existente o el alto índice de niños trabajadores, etc, sino que busque una política familiar como política de Estado que solucione de manera profunda los problemas mencionados.²¹⁰

²⁰⁹ UNIVERSIDAD AUSTRAL. Bases para la Elaboración de las Políticas Familiares en Argentina. Argentina, Editorial del Congreso de la Nación, 2005, p. 19. [ubicado el 15.III.2014] Obtenido en http://web.austral.edu.ar/descargas/Bases_Politicas_Familiares_Argentina.pdf. La investigación realizada por el Instituto de Ciencias para la familia señala que “La comprensión de la identidad diferenciada de una ley general e integral de política familiar respecto de las políticas sociales de la familia, requiere un cambio de perspectiva fundamental, que consiste en ver a la sociedad como sujeto pasivo de ayuda de las familias. Es decir, el fin de una ley integral de política familia no es la solución de males personales y familiares directos sino la promoción de los bienes que genera la familia funcional o medianamente funcional, y por lo tanto, su objetivo es constructivo de bienes personales y sociales y preventivo de las situaciones de marginación, riesgo o necesidades especiales a los que antes se hacía referencia. Se trata de una política que ayuda a la sociedad en la prevención de los males sociales que la desintegración de la familia provoca.” Loc. Cit.

²¹⁰ Íbid. pp. 22-23. La investigación realizada por el Instituto de Ciencias para la familia responde a la siguiente pregunta “(...) ¿Cuáles son estas funciones sociales estratégicas que constituyen el para qué de una política de familia? **En primer lugar, la procreación de las próximas generaciones** de argentinos. No hay nación Argentina sin argentinos. La principal riqueza de un país es su población (...) **La segunda función social estratégica de la familia es la crianza, educación o personalización ética y la socialización de las próximas generaciones** de argentinos. La crianza es el proceso de alimentación, higiene y cuidado de la salud de un ser humano. La educación es el proceso de transmisión de valores humanos para que la salud mental, el desarrollo y la maduración de una persona sean óptimos. La socialización es el trabajo de inserción de las nuevas generaciones de argentinos en la sociedad de las que son parte de una manera adecuada a su bien personal y al del conjunto social. La crianza educación y socialización de cualquier personas humana es un trabajo “artesanal”, no industrial o en serie. Es decir, es un trabajo uno a uno, que exige adaptar la autoridad y ternura materna/paterna al sexo, edad, temperamento y personalidad de cada hijo. Por eso nadie mejor que los padres de familia para realizarlo, ya que salvo los casos patológicos nadie conoce y quiere más a un ser humano que sus propios padres. Todo intento histórico de reemplazar a la familia en el cumplimiento de estas funciones sociales por parte del estado ha fracasado. El sistema educativo formal privado o estatal sólo complementa la labor de los padres, pero no debe ni realmente puede sustituirlos. **La tercera funcional social estratégica de la familia es la de ser un ámbito personal ecológico para la vida humana, debido a la medida incondicional del amor familiar, particularmente del**

En palabras de Franco y Sánchez:

“Las políticas públicas (policy o policies en plural) se entienden como el conjunto de acciones mediante las cuales el Estado con la conjugación de otros actores institucionales y sociales, da respuesta a situaciones consideradas socialmente problemáticas; acciones que se expresan en programas y proyectos que son de competencia de los gobiernos, instituciones públicas y privadas, organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil.”²¹¹

Sin embargo, es menester entender que el vínculo jurídico existe para defender las recíprocas expectativas de los sujetos, no meras necesidades creadas o fundadas en el plano emocional.

Tal confusión es producto de las ideas postmodernistas que invaden nuestro entorno²¹², y bajo sus diversos fundamentos declara como válido lo que cada quien considera derecho (Tribunales, Cortes, Parlamentos, etc). En palabras de Boaventura de Sousa: “*el individualismo subjetivista es el tema de los derechos fundamentales de nuestros días*”²¹³ y en consecuencia, nadie podría arrogarse la facultad de determinar algo como absoluto, el límite se atribuiría a la certeza formal, mas no a la verdad.

En las últimas décadas, ésta concepción ha erosionado la mentalidad de la sociedad de una manera vertiginosa y su influencia en el fundamento de la ley ha conllevado a consecuencias devastadoras, al nacimiento de “nuevos derechos”, de los cuales, algunas tienen conexión directa con la Bioética: los hijos son un

amor materno y paterno. En el ámbito laboral, la valoración de la persona está condicionada a su rentabilidad o a su idoneidad profesional, en el ámbito deportivo a la destreza en el correspondiente deporte, en el ámbito de las relaciones sociales a la mayor o menor simpatía. Sólo hay un ámbito donde se valora a la persona desnudamente por lo que es con independencia de la mayor o menor inteligencia, idoneidad profesional, destreza deportiva o simpatía. Ese ámbito es la familia, donde la persona humana es valorada incondicionalmente. El amor incondicional genera salud mental y la falta de amor incondicional general falta de salud en la misma proporción a su carencia. **Finalmente la cuarta función social estratégica de la familia es la der contención en una primera instancia de las generaciones más necesitadas:** la primera (infancia) y la tercera (ancianidad). La familia es un ámbito natural para la cohesión intergeneracional y armonía entre las generaciones. La incondicionalidad del amor familiar es la que precisamente es fundamento de una atención desinteresada de familiares que por su edad o situación sólo pueden ser sujeto pasivo de ayuda.”

²¹¹ FRANCO PATIÑO, Sandra y SANCHEZ VINASO, Gloria , Ob. Cit. Pág.4

²¹² GARZON VALLEJO, Iván Darío. “La Necesidad de una Nueva Fundamentación del Derecho”, *Revista Persona y Cultura*, Número 3, Año 3, p. 12. En ese sentido, señala: “La “Postmodernidad” es un fenómeno con un evidente trasfondo relativista y subjetivista, que prescinde del fundamento metafísico para la vida humana en general, y del cual a la desesperación y el sin sentido solo hay un paso”.

²¹³ BOAVENTURA DE SOUSA, Santos en GARZON VALLEJO, Iván, Ob. Cit. p. 14

derecho²¹⁴, los animales tienen derechos, se puede utilizar la información genética sin previa autorización, es posible esterilizar población vulnerable, es viable decidir sobre la propia muerte, etc.

La satisfacción de estos nuevos derechos implica desconocer la verdadera naturaleza humana, tal es el caso del llamado “derecho a ser padre” en que la tan natural relación paterno – filial se corrompe, basta con fijarnos en los procesos para lograr la reproducción con participación de terceros para comprobarlo. Es innegable que el reduccionismo de la persona llega al punto de considerar su valor en cuanto satisfaga la necesidad de otra persona. Dentro de los llamados “nuevos derechos” no podemos dejar de considerar los tan aclamados “derechos sexuales y reproductivos”²¹⁵, el mal llamado “derecho a abortar”²¹⁶. Incluso no sólo se crean derechos, se ha llegado al punto de desfigurar los ya conocidos, o al menos que se pensaban conocidos, como “el derecho a la no discriminación por sexo”, al tender a toda costa hacia una equiparación del hombre y la mujer,

²¹⁴ El mal llamado “derecho al hijo” implica considerar al hijo como objeto de un deseo, sin considerarlo como otro ser humano con igual carga ontológica e igual dignidad, razón por la que merece ser tratado como tal y no como el medio para la satisfacción de un deseo. Al respecto MUGA GONZALES señala: “Ese hijo, no es otra cosa que una persona, a la cual por su misma condición únicamente le corresponde la categoría de sujeto de derecho. De esta manera, es posible afirmar que: el “derecho a procrear” entendido como un “derecho al hijo” no existe y menos aún, tomándolo como un “derecho a tener un hijo a toda costa”. Estas situaciones no pueden

presentarse como verdaderos derechos de la persona. Afirmar lo contrario, sería decir que los derechos reproductivos facultan a la persona a exigirle un hijo a la sociedad, el cual debe lograrse de cualquier forma, con tal que se vea cristalizado el objetivo de ser padre. Si se malinterpretan, los derechos reproductivos facultarían al hombre a ejercer su sexualidad con cualquier otro hombre (varón o mujer), pasando a un plano secundario si procrean o no, pues es su decisión. Por lo que, no puede ser considerado como derecho aquello

que va contra la misma naturaleza del hombre, en este caso en una doble vertiente: pues por un lado, promueve su unión sexual con otro que puede ser de su mismo género y por otro, porque pone como dato accesorio la finalidad del acto sexual: la generación de una nueva vida.” MUGA CONZALES, Rossana Esther. “El denominado “Derecho a Procrear” y la Dignidad de la Persona Humana como Presupuesto de todo Derecho.”, *Revista de Investigación Jurídica*, Vol. VI, 2013. p.5

²¹⁵ CICCONE, Lino. Bioética. *Historia, principio y cuestiones*, traducido por Antonio Esquivias, Madrid, Ediciones Palabra, 2005, p. 131. “Los derechos sexuales y reproductivos están encontrando un rápido y vasto consenso social: “Esto es un signo de que el contexto cultural ofrece un terreno de cultivo preexistente que las acoge favorablemente, y que recibe de ellas confirmación e incentivación en alguno de sus elementos. Por esto es útil conocer ese contexto para comprender mejor los significados más profundos de la aparición y difusión de estos nuevos derechos”, lo que toca tiene evidentes y serias repercusiones en las generaciones futuras en lo que concierne a sexualidad, procreación y familia, lo que comporta responsabilidades igualmente serias para nuestra generación; estos derechos le confieren al hombre en estos campos nuevos poderes, que hasta ayer mismo no había pensar”. Loc. Cit.

²¹⁶ Como resultado de estas nuevas ideologías, DURAN Y LALAGUNA señalan: “(...) de modo que una de las primeras aspiraciones del movimiento inicial será la legalización del aborto utilizando el argumento del derecho de la mujer a su propio cuerpo.” DURÁN Y LALAGUNA, Paloma. *Sobre el género y su tratamiento en las Organizaciones Internacionales*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2007, p. 20.

renunciando a aquello que por naturaleza los diferencia o la demanda del reconocimiento por un sector de la sociedad del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, como los casos expuestos, existen muchos otros²¹⁷.

Sin ir muy lejos, cabe mencionar lo suscitado respecto del Proyecto de Ley 495/2011-CR denominado “Nuevo código de los niños, niñas y adolescentes”²¹⁸.

²¹⁷ “La influencia de la ideología de género en nuestra sociedad ha sido determinante y despótica. Así, “fue la primera ideología de izquierda que, engendrada en Europa, posteriormente surgió y fue empaquetada, difundida y distribuida desde los Estados Unidos al resto del mundo. (...) Todo un mundo cultural subyugado por esta ideología, que ha conseguido cambiar la política obrera y reivindicativa de la izquierda, convirtiéndose en una política sexual, que ha expulsado impuesto y programa sociales de la ‘agenda política’, para que ocupen su lugar temas como: la salud sexual y reproductiva cuyo eje central es el aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo, la contracepción y la píldora del día después, etc. y que también ha dado la vuelta a códigos de conducta de la gente en materias tan personales como la ética y, especialmente, la moral sexual”. TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, Jesús. *La ideología de género*, Madrid, Manos Libres, 2009. pp. 15-17.

²¹⁸ Este proceso de discusión se inició a fines del 2006, con la creación de una Comisión Especial Revisora del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes. Esta Comisión trabajó durante varios años una propuesta de revisión del actual Código; si bien dicha Comisión no logró entregar un dictamen, fue el congresista Juan Carlos Eguren quien hizo suya la propuesta, a través del proyecto de Ley 495/2011-Cr. Al proyecto, se sumaron, durante la gestión de la Comisión Beingolea, otras propuestas, pero al momento de la aprobación del dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, se introdujeron una serie de planteamientos entre los cuales, los más resaltantes fueron:

a. Se omite la referencia expresa a la niña o niñas y, por ende, se prescinde del uso o del lenguaje inclusivo en toda su redacción. b. Se elimina la prohibición expresa al castigo físico y humillante y a la violencia sexual como formas de violencia contra los menores de edad. c. Se otorga responsabilidad a padres/madres para decidir respecto a la información y educación de sus hijos o hijas adolescentes mayores de 14 años.

El Artículo 27 denominado “Derechos Sexuales y Reproductivos” pretendía que los adolescentes desde los 14 años puedan acceder a “información, orientación y servicios de salud sexual y reproductiva confidenciales. Lo que significaría la distribución de anticonceptivos sin el conocimiento de sus padres.

Para tratar este tema, la Presidenta de la Comisión de la Mujer y Familia del Congreso del Perú, Aurelia Tan, convocó una mesa de trabajo que realizó en la Sala Grau del Congreso de la República el lunes 20 de mayo, a fin de recoger las propuestas y sugerencias sobre el término “Salud Sexual y Reproductiva”, que alude al artículo 27 del mencionado Proyecto de Ley.

En la mesa de trabajo Walter Brunke, Presidente de la Sociedad de Amantes del País, calificó el artículo como inconstitucional y como un pretexto para introducir una ideología. Además afirmó que “medidas de este tipo no han dado buenos resultados en otros países” y quitan responsabilidad a los padres de familias, atentando así contra la Patria Potestad.

En ese sentido, Manuel Quimper, representante de la Conferencia Episcopal Peruana, señaló que los programas que sí han tenido eficacia como políticas públicas son los que promueven la abstinencia más que el reparto de anticonceptivos, que siempre excluyen la responsabilidad de los padres. Esta propuesta fue complementada por Carmen Meza, del Instituto Interamericano de la Mujer, quien se mostró a favor de una “educación integral y con presencia de los padres”.

Maita García de la Asociación Nacional de Médicos Católicos del Perú, aseveró que “el cerebro adolescente está aún en desarrollo y por lo tanto no tienen capacidad de discernir responsablemente. La aprobación de este artículo solo beneficiaría a los distribuidores de anticonceptivos”.

Por su parte, el Arzobispado de Lima consideró que no se puede intentar evitar el embarazo y la prevención de enfermedades promoviéndolos, ya que al aprobar los términos señalados se dan todas las facilidades para que sucedan. Rosa Sánchez, representante de la arquidiócesis capitalina, destacó que no puede usarse la terminología “salud sexual y reproductiva” porque no busca tratamientos paliativos. Del mismo modo,

En este contexto, diversos grupos cuestionan el por qué sólo limitar la educación sexual al ámbito familiar, excluyendo “la responsabilidad del Estado” sobre el tema. Sólo la mención de una propuesta en general es considerada como un retroceso en los derechos de los niños.

A pesar de la constante presión internacional por parte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), El Fondo de la Población de las Naciones Unidas (UNFPA), El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), entre otros Comités de Cumplimiento de Tratados Internacionales, en mérito a los convenios y tratados suscritos por el Perú para implementar políticas públicas, no pueden implementarse políticas públicas que socaven la vida y dignidad del ser humano; intentando legitimar como derechos los deseos individualistas que soslayan claramente la vida, salud, dignidad y libertad, entre otros. Es necesario acotar que ningún compromiso internacional obliga al Estado peruano a implementar políticas en ese sentido, las políticas públicas planteadas o por plantearse en nuestro país deben fundamentar sus preceptos generales en la ley natural, deben ser interpretados a la luz de las inclinaciones y los fines naturales del hombre, que en definitiva es la fuente común de la cual emanan tanto los derechos como las normas no positivas, ello supone que la interpretación jurídica no tiene como término último una regla racional (la ley natural) sino una realidad: la estructura dinámica y teleológica del ser humano.

3.2 Políticas públicas y su influencia en la protección de la familia peruana

En general, los cambios y transformaciones sufridos por la familia a lo largo de su evolución han hecho que muchas de las funciones que le fueran delegadas por la sociedad y el Estado hayan dejado de ser exclusivas de la familia. Esta transformación de la familia se proyecta a la relación Familia-Sociedad-Estado, que ha ido diluyéndose hasta extinguirse ante el predominio de un Estado en

aseguró que según el artículo 13 de la Constitución, el Estado no puede invadir esferas íntimas y menos suplantarse los deberes de los padres.

Quizás el más importante cambio, tras el dictamen de la Comisión de la Mujer del Congreso, fue que el Art. 27 del Código del Niño y del Adolescente aprobado el 17 de junio, afirma: “Es deber de los padres o tutores de los niños, niñas y adolescentes, orientar bajo la educación sexual integral de sus hijos o adolescentes bajo su cuidado.”

relación con el individuo aislado²¹⁹. Si la ley sigue a la cultura, ¿eso quiere decir que todo “desarrollo social” deba ser incluido como objeto de políticas públicas? o aún ¿ser tomado como referente para la interpretación de los derechos básicos del ser humano y de la sociedad? Si las respuestas a estas interrogantes son afirmativas; entonces, el camino que empezamos a recorrer es arriesgado.

A nuestro parecer, los temas a tratar en este apartado son puntos claves para determinar la tendencia hacia la que se dirige nuestro ordenamiento jurídico en materia de protección a la familia:

A pesar de la perspectiva protectora de la familia que nuestra legislación contempla, llama la atención el Decimoséptimo Informe Anual de la Defensoría del Pueblo elaborado a diciembre del año 2013.

Como sabemos, la Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional autónomo creado por la Constitución de 1993²²⁰ y tiene como misión proteger los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad; supervisar el cumplimiento de los deberes de la Administración del Estado y la prestación de los servicios públicos a la población²²¹.

En ese sentido, al ejercitar las funciones atribuidas por ley, el mencionado órgano da a conocer en el referido Informe Anual la relación existente entre la ciudadanía y el Estado, tomando en cuenta: la escuela, los centros de salud, municipalidades, diferentes entidades públicas, gobiernos regionales, etc. Siendo entonces, una especie de “radiografía” respecto del nivel de cumplimiento de las políticas públicas en materia de la defensa de los derechos humanos en nuestro país.

Del acotado informe, con respecto a la protección de la familia, cabe resaltar lo siguiente:

3.2.1 Programas nacionales multisectoriales

²¹⁹ Cfr. POLAKIEWICZ, Marta. “La infancia abandonada como una violación de sus derechos humanos personalísimos. El papel del Estado” en *Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y realidad*, 1era edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1988, p. 78.

²²⁰ Constitución Política del Perú de 1993: “Artículo 161.- La Defensoría del Pueblo es autónoma. Los órganos públicos están obligados a colaborar con la Defensoría del Pueblo cuando ésta lo requiere. Su estructura, en el ámbito nacional, se establece por ley orgánica. El Defensor del Pueblo es elegido y removido por el Congreso”

²²¹ Constitución Política del Perú de 1993, Artículo 162.

➤ Educación sexual y reproductiva

A lo largo de nuestro análisis hemos establecido que los principales obligados a educar a sus hijos son los padres, en todo tipo de materia, incluso la sexual. Sin embargo, en aras de una política pro empoderamiento del adolescente y al *“reconocer las consecuencias del embarazo en adolescentes como un problema de salud pública y declarar prioritarios los planes para su prevención y atención integral”* se ha aprobado el Plan Multisectorial para la Prevención del Embarazo en Adolescentes 2013-2021²²².

Sin embargo, lo más preocupante de esta política es que busca la validación e implementación de módulos educativos sobre derechos sexuales y reproductivos y equidad de género dirigidos a los adolescentes, requiriendo como condición mínima para ello, eliminar las “barreras legales y normativas que restringen la acción del Estado en la prevención de embarazos en adolescentes”.

A la par, el Plan Bicentenario “El Perú hacia el 2021”, elaborado por el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico y aprobado por el foro del Acuerdo Nacional en marzo del 2011²²³, plantea como segundo eje estratégico el desarrollo de oportunidades y acceso a servicios básicos y en tal contexto, el acceso universal a servicios integrales de salud con calidad, incluyendo entre ellos al acceso de toda la población, incluyendo a los adolescentes.

²²² Entre los principales objetivos, cuenta con: a) Postergar el inicio de las relaciones sexuales en la adolescencia, b) Incrementar el porcentaje de adolescentes que concluyen la educación secundaria, para ello plantea entre otras cosas la difusión de la Ley N° 29600, Ley que fomenta la reinserción escolar por embarazo, c) Asegurar la inclusión de la Educación Sexual Integral en el Marco Curricular Nacional para que las Regiones cuenten con condiciones y recursos educativos para implementar la Educación Sexual Integral, d) Incrementar la prevalencia de uso actual de métodos anticonceptivos modernos en los adolescentes sexualmente activos y en madres adolescentes.

²²³ Aprobado por Decreto Supremo N°054-2011-PCM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 23 de junio de 2011, recoge dos años de trabajo durante los cuales se ha revisado y analizado amplia información, y llevado a cabo diversas reuniones con expertos, autoridades, dirigentes políticos y representantes de la sociedad civil.

En este documento se definen seis ejes estratégicos: (i) derechos fundamentales y dignidad de las personas; (ii) oportunidades y acceso a los servicios; (iii) Estado y gobernabilidad; (iv) economía, competitividad y empleo; (v) desarrollo regional e infraestructura y (vi) recursos naturales y ambiente.

Por otro lado, el Plan Nacional de Fortalecimiento de Familias 2013-2021 advierte como una de las limitaciones más serias, la ampliación de la edad de la indemnidad sexual que prohíbe todo acto sexual, aun cuando fuera consentido, por parte de personas menores de 18 años²²⁴ ya que la penalización de las relaciones sexuales consentidas en adolescentes menores de 18 años, no sólo es una limitación para la prevención del embarazo adolescente sino que repercute en la desprotección de las adolescentes y sus hijos, ya que de asumir la pareja su responsabilidad paterna, corre el riesgo de ser acusado de violación sexual. Entre los planteamientos, esta situación dificulta prevenir un embarazo en el caso de las adolescentes, pues el personal de salud está obligado a reportar a los padres, cuando un adolescente se acerca al servicio de salud por temas vinculados a su salud sexual y reproductiva.

Además de ello, la misma Defensoría del Pueblo ha reiterado la necesidad de modificar el marco normativo para fortalecer la protección de los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes, hace especial mención sobre el Proyecto de Ley N° 495-2011-CR²²⁵, formulado por la Comisión de la Mujer y Familia, que propone un nuevo Código de los Niños, Niñas y Adolescentes, ya que se deben garantizar a los y las adolescentes el acceso a información, orientación y servicios respectivos en materia de salud sexual reproductiva.

Parece ser que el trasfondo de estas políticas públicas es otorgar plena autonomía al adolescente con respecto al libre ejercicio de su sexualidad,

²²⁴ Véase SISTEMA PERUANO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, Ley 28704, publicada el 5 de abril del 2006, que modifica el Artículo 173 Código Penal. [ubicado el 16. IV. 2014]. Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dii?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdmo>. El Artículo 173 prescribe lo siguiente: "Violación sexual de menor de edad.

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.

En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza."

²²⁵ Revisar nota al pie N° 218

al punto de incentivar el uso de métodos anticonceptivos, con la total exclusión de la intervención o consentimiento de sus padres, posición que vulnera claramente el mandato constitucional y trastoca profundamente a la familia.²²⁶

➤ **Reproducción Asistida**

La Ley General Ley 26.842 indica en su Artículo 7 señala que:

“Toda persona tiene el derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”.

Como vemos, el artículo citado reconoce el derecho a recibir tratamientos por infertilidad y el derecho a la procreación.

Para ello no es condición indispensable para recurrir a las Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante, TERAS) el haber seguido sin éxito un tratamiento de infertilidad, sino que se puede llegar a ellas directamente, prohíbe la maternidad subrogada, por otro lado, de la redacción del artículo acotado, se puede apreciar que se estaría limitando las técnicas de reproducción en mujeres solteras, pues el consentimiento debe ser de ambos padres.

En el Perú se cuenta también con la Norma Técnica de Planificación Familiar²²⁷, el que tiene como objetivo general establecer los procedimientos para lograr un manejo estándar, efectivo y eficaz de las actividades de planificación familiar por parte del personal de salud, contribuyendo a que la población peruana alcance sus ideales

²²⁶ Revisar nota al pie N° 87, y 134

²²⁷ Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA, publicada en el diario oficial El Peruano del 18 de julio de 2005, prescribe que toda persona tiene derecho a:

“Disfrutar del más alto nivel posible de salud física, mental y social que le permitan disfrutar de su sexualidad.

-A decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo.

-Tener acceso, en condiciones de igualdad, sin discriminación por edad, opción sexual, estado civil entre otros, a los servicios de atención que incluyan la Salud Reproductiva y Planificación Familiar.

-Tener acceso a una amplia gama de métodos anticonceptivos para poder realizar una elección libre y voluntaria.

-Tener acceso a servicios de calidad en salud sexual y reproductiva.

-A que las instituciones de salud, velen porque se cumplan estos principios en todas las fases de la atención.

-A ser atendidos en Salud Reproductiva sin ningún tipo de coacción”.

reproductivos²²⁸, basados en el aparente respeto irrestricto de sus derechos, promoviendo la equidad de género y elevando la calidad de vida de usuarios y su familia.

El problema con la ideología de género es que lejos de reivindicar los derechos de la mujer bajo un aparente reconocimiento igualitario respecto del hombre, lo que en realidad consigue es despojarla de sus peculiares características naturales, ésta ideología considera la diferencia de género como una especie de violencia contra la mujer y símbolo de discriminación frente al hombre²²⁹.

A pesar de normas de este tipo, en nuestro país aún es imperante en la mayoría de disposiciones legislativas la protección a la vida, la niñez, el matrimonio y la familia. Sin embargo, aunque en nuestro país la ideología feminista no se encuentre muy arraigada, es importante detectar el camino por el cual se pueda introducir este tipo de influencia y evitarlo.

²²⁸ Sobre el derecho a procrear, MUGA GONZALES y VASALLO CRUZ agregan: “En el caso del “derecho a procrear” lo que se pretende exigir como deber de justicia, es el hijo. Pero ese hijo, no es otra cosa que una persona, a la cual por su misma condición únicamente le corresponde la categoría de sujeto de derecho, no de un simple objeto a conseguir para satisfacer un deseo (el deseo del hijo) como se pretende. De esta manera, es posible afirmar que: el “derecho a procrear” entendido como un “derecho al hijo” no existe y menos aún, tomándolo como un “derecho a tener un hijo a toda costa”. Estas situaciones no pueden presentarse como verdaderos derechos de la persona.” MUGA GONZALES, Rossana Esther y VASALLO CRUZ, Kathya Lisseth. *Nuevos derechos y exigencias para el derecho de familia en el Perú.*, Tesis para optar el grado de Magister, Lambayeque, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2012, p.216.

²²⁹ En el mismo sentido SCALA afirma: “Admitido que el feminismo es una ideología radicalizada, cuyo objetivo es el sometimiento masculino por parte de las mujeres, se entiende cuáles son los “peores enemigos de esta corriente: 1°) la maternidad, porque limita la disponibilidad de tiempo de las mujeres para dedicarse a la política-medio indispensable para lograr el poder- y 2) la “causa” de la maternidad, que es la naturaleza humana. Esto explica la posición visceral en favor del aborto y la anticoncepción de los feministas y, a la vez, su rechazo del control natal como política del Estado; ya que la mujer debe ser estéril voluntariamente (...) Sostienen los feministas que el sexo es el cuerpo, o sea: el aspecto biológico de los seres humanos, El sexo es algo secundario frente al “género” que sería “la construcción cultural” de la propia sexualidad. Esta “construcción” la haría cada persona en forma autónoma; es decir, sin ningún condicionamiento de la naturaleza- entre otros motivos, porque ellos rechazan la realidad de la naturaleza-. En definitiva, se elegiría ser varón o mujer, y sería igualmente efectivo, el contenido de lo que para cada uno significa ser mujer o varón. En esta construcción del género, el único condicionamiento externo es el cultural o sea, las normas y expectativas sociales sobre el papel, atributos y conductas atribuibles a cada “género” (...).” SCALA, Jorge. *Género y Derechos Humanos*, Ediciones Promesa Cultural, Costa Rica 2005, p.75.

➤ **Programa Nacional de Asistencia Solidaria “Pensión 65”**

En ese marco, el Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65²³⁰ fue creado como un órgano, actualmente adscrito al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social²³¹ destinado a otorgar subvenciones económicas a las personas con una edad mínima de 65 años de edad, en condición de extrema pobreza y que cumplan determinados requisitos²³².

A pesar de las dificultades que actualmente presenta en su ejecución²³³, este programa va de la mano con lo establecido en el Art. 4 de nuestra Constitución²³⁴, ya que es un principio básico del Estado la protección del anciano en situación de abandono.

Esta política se complementa además con el lineamiento político del Plan Nacional Fortalecimiento de Familias en cuanto cumple con el objetivo de generar las condiciones para la satisfacción de las necesidades básicas en la familia²³⁵.

²³⁰ Mediante el Decreto Supremo N° 081-2011PCM, publicado en el diario oficial El Peruano el 19 de octubre de 2011.

²³¹ De acuerdo a lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29792 - Ley de creación, organización y funciones del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de octubre de 2011.

²³² Los requisitos han sido previstos en el Decreto Supremo N° 081-2011-PCM, modificado por los Decretos Supremos N° 001-2012 MIDIS publicado en el diario oficial El Peruano el 23 de enero de 2012, N° 006-2012 MIDIS publicado en el diario oficial El Peruano el 06 de mayo de 2012 y N° 15-2012MIDIS publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de diciembre de 2012.

²³³ Entre ellas podemos mencionar: a) Filtraciones al programa de personas que no cumplen con la condición de extrema pobreza, b) Prolongado tiempo de duración del procedimiento de afiliación de las personas que no cuentan con clasificación socioeconómica – ya que la persona debe estar incluida en el Padrón General de Hogares, c) Ubicación de los lugares de pago, sobre todo respecto de aquellos que viven en centros poblados de difícil acceso.

²³⁴ Revisar nota al pie N° 133

²³⁵ En el mismo sentido, el Plan Bicentenario 2013-2021 plantea como segundo eje estratégico el crecimiento de oportunidades y mayor acceso a servicios, y sus objetivos en ese aspecto son los siguientes: a) Acceso equitativo a una educación integral que permita el desarrollo pleno de las capacidades humanas en sociedad, b) Acceso universal a servicios integrales de salud con calidad, c) Seguridad alimentaria, con énfasis en la nutrición adecuada de los infantes y las madres gestantes, d) Acceso universal de la población a servicios adecuados de agua y electricidad, e) Acceso y mejoramiento de la vivienda de la población, f) Seguridad ciudadana mejorada significativamente, g) Beneficiarios de programas sociales convertidos en agentes productivos de bienes y servicios con base en la demanda de los mercados interno y externo.

➤ **Derecho a la propiedad comunal**

Como ya lo indicamos en el Capítulo II, la propiedad es un derecho fundamental, el cual permite un estado de bienestar no sólo al titular de ella, sino también a la familia de la cual forma parte²³⁶.

En ese sentido, no debemos olvidar la titulación de tierras de las comunidades campesinas y comunidades nativas, quienes además también son una población vulnerable. Así, es importante resaltar que el 25 de enero de 2013 se publicó el Decreto Supremo N° 001-2013-MINAG, que designó como ente rector de la Política Nacional Agraria al Ministerio de Agricultura y Riego, entidad que a partir de la vigencia de la norma tiene a su cargo definir los objetivos prioritarios, lineamientos, contenidos y estándares nacionales de cumplimiento en materia de propiedad agraria, incluyendo el saneamiento físico legal de las comunidades campesinas y nativas. Posteriormente, en junio de 2013 se publicó la Ley N° 30048²³⁷, que encarga al Sector Agricultura la función específica de dictar normas y lineamientos técnicos en materia de saneamiento físico legal y formalización de la propiedad agraria, comprendiendo las tierras de las comunidades campesinas y nativas²³⁸.

3.2.2 Conciliación familiar y laboral:

Antes de la inserción de la mujer en el mundo laboral hubiera sido impensable la búsqueda de una conciliación entre la vida laboral y familiar, históricamente, el trabajo femenino se caracterizó por su reducido desempeño, especialmente destinado a labores domésticas y agrícolas. Sin embargo, la revolución industrial determinó una significativa incorporación de la mujer en el campo del trabajo aunque en términos de desigualdad respecto de los hombres, esa situación de la

²³⁶ Revisar nota al pie N° 85

²³⁷ Esta norma modificó el Decreto Legislativo N° 997 que, a su vez, aprobó la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura.

²³⁸ Según lo establece el artículo 6º, numeral 6.1.11 de la Ley N° 30048, publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de junio de 2013.

mujer en el mundo laboral determinó su especial atención y protección por parte de la legislación.

El origen de tal protección lo encontramos en la acción de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)²³⁹, cuyo proceso regulador del trabajo de la mujer es distinguido por HERNANDEZ en tres etapas normativas fundamentales:

En la primera etapa las normas son esencialmente protectoras de la mujer y de la maternidad y comportan, en cierta forma, una regulación restrictiva del trabajo femenino. En la segunda etapa las normas proclaman la igualdad de las condiciones laborales entre hombres y mujeres, se eliminan muchas normas que establecían restricciones al trabajo femenino y las tutelas especiales se orientan fundamentalmente al tema de la maternidad. Finalmente, en la tercera etapa existen normas que, por una parte enfatizan el fomento de la igualdad entre trabajadores y trabajadoras y la prohibición de la discriminación por razones de sexo y por la otra, amplían la protección a la maternidad e incorporan la protección laboral de los trabajadores masculinos con responsabilidades familiares²⁴⁰

Por otro lado, contamos con las denominadas “políticas de conciliación”, cuya finalidad es garantizar el derecho de la madre y el padre a acceder al empleo y permanecer en él, sin que la situación familiar sea un elemento discriminatorio. Se trata de proteger el derecho de todos los miembros de la familia a la convivencia diaria sin tener que renunciar a la misma por exceso de trabajo de uno o ambos progenitores²⁴¹.

²³⁹“En el mismo sentido afirma HERNANDEZ SIERRALTA que: “Además de los instrumentos normativos de la Organización Internacional del Trabajo, existen numerosos e importantes instrumentos internacionales sobre la materia. Entre ellos podemos mencionar al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la ONU, cuya entrada en vigor se produjo en 1976, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptado también por la ONU, cuya entrada en vigor se produjo en 1981, la Recomendación General número 19 aprobada por el Comité para la Eliminación de las Discriminaciones contra la Mujer, organismo creado en el marco de la Convención antes señalada, la Convención de Belém do Pará de 1994, entre otros”. HERNANDEZ SIERRALTA, María Laura, “La mujer en el Derecho del Trabajo. De la Protección al fomento de la igualdad”. 4to Congreso Internacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Memorias y Comunicaciones. *Revista del Derecho del Trabajo* N°9, 2010, p 78.

²⁴⁰ Ibid. p.78.

²⁴¹ Al respecto agrega AÑON: “Sin embargo, no cabe confundir políticas de conciliación con políticas de activación del empleo, en las que puede anidar un importante sesgo de género. El segundo modelo promueve la equidad de género mediante el apoyo al trabajo informal de cuidado a través de medidas de apoyo a las propias labores de cuidado o bien a través del fomento del trabajo a tiempo parcial más ayudas de cuidado. El modelo funciona con gran flexibilidad en la entrada y retirada del mercado de trabajo formal y el aseguramiento de prestaciones pro parte del sistema de seguridad social. El objetivo es que el rol de cuidador se encuentre en igualdad de condiciones que el rol de proveedor, con la pretensión de que la diferencia de las mujeres no tenga coste alguno. He indicado en el punto anterior que no existe un acuerdo básico sobre las respuestas a la igualdad de géneros en los debates feministas. Pero como advierte L. Moreno (2003) el lobby feminista anglosajón insiste en identificar emancipación e individualización del bienestar. Esto que parece deseable desde el punto de vista normativo ha exigido, sin embargo la eliminación del análisis y diagnóstico de la realidad todo aquello que tiene que ver con los recursos

En nuestro ordenamiento jurídico, el Código Civil de 1852 ofrecía una visión de la condición de sometimiento en la que se encontraba la mujer casada, que no podía celebrar contratos ni presentar en juicio sin la autorización del marido²⁴². El Código Civil de 1936 admitía la posibilidad de que la mujer trabaje fuera del hogar, inclusive sin autorización del marido, pero necesariamente con la del juez si la negativa del marido fue injustificada²⁴³, además consideraba al marido como representante y administrador del hogar²⁴⁴. La mujer era una ciudadana de segunda categoría, a quien se le reconoció el derecho a voto recién en 1956.

Con el Código Civil de 1984 se reconoce la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges en el ámbito familiar, la libertad de trabajo y la posible negativa para que alguno de los cónyuges trabaje fue establecida en favor de ambos indistintamente.

Como podemos observar, largo ha sido el camino para alcanzar el reconocimiento de la mujer en la esfera pública, sin embargo, habrá que analizar si esa igualdad absoluta respecto del hombre, es realmente lo que la sociedad necesita.

Gracias al valor y sacrificio de muchos en el pasado, hoy las mujeres podemos acceder prácticamente a cualquiera de los trabajos realizados por los hombres, sin embargo, en esta lucha, la mujer, sin apenas percibirlo, comenzó a renunciar a

familiares y el papel de la familia en la producción del bienestar, que ha sido la clave de la cohesión social en los modelos sur europeos. AÑON ROIG, María José. “¿Una legislación para transformar la realidad social? A propósito de la Ley para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista Sociologa del Diritto*, 2008, p.20, [ubicado el 15.V 2014]. Obtenido en <http://app.vlex.com/#/vid/349237538>.

²⁴² Código Civil Peruano de 1852. Artículo 182: “La mujer no puede dar, enajenar, hipotecar, ni adquirir a título gratuito u oneroso, sin intervención del marido, o sin su consentimiento expreso.” [ubicado el 15.V 2014]. Obtenido en http://www.notarioslalibertad.org/Jurisprudencia/Normas_Historicas/Codigo_civil_de_1852.pdf.

²⁴³ Código Civil Peruano de 1936. Artículo 173: “La mujer puede ejercer cualquiera profesión o industria así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común con el consentimiento expreso o tácito del marido. Si el marido negare su consentimiento la mujer podrá ser autorizada por el juez, siempre que pruebe que esta medida la justifica el interés manifiesto de la sociedad conyugal o de la familia.” [ubicado el 15.V 2014]. Obtenido en <http://es.scribd.com/doc/51134898/Codigo-Civil-de-1936>.

²⁴⁴ Código Civil Peruano de 1936. Artículo 161: “El marido dirige la sociedad conyugal. La mujer debe al marido ayuda y consejo para la prosperidad común y tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar”. Art. 162: “Al marido compete fijar y mudar el domicilio de la familia, así como decidir sobre lo referente a su economía.” [ubicado el 15.V 2014]. Obtenido en <http://es.scribd.com/doc/51134898/Codigo-Civil-de-1936>.

su propia feminidad, sin ser consciente del menoscabo que esto implicaría a largo plazo para su libertad y desarrollo personal²⁴⁵.

En la década de los 70, una vez alcanzada cierta igualdad, al menos formal, en derechos y deberes, comenzó un nuevo movimiento feminista de corte igualitarista, cuya pretensión no era ya sólo la igualdad jurídica, sino la identidad con el varón en todas las facetas de la vida; queda claro que para los propulsores del género, las responsabilidades de la mujer en la familia son enemigas de la realización de la mujer. El entorno privado se considera como algo secundario y menos importante; la familia y el trabajo del hogar “como carga” que afecta negativamente los “proyectos profesionales” de la mujer²⁴⁶. Hago mención de esta equivocada visión sobre la mujer, porque podría convertirse en el trasfondo de las políticas públicas aplicadas en nuestro país.

En ese sentido, es necesario determinar si la regulación jurídica existente protege a la mujer trabajadora teniendo en cuenta el principio básico de no discriminación y de igualdad de oportunidades, reconociendo siempre lo que la diferencia del sexo masculino²⁴⁷. No reconocer las diferencias entre sexos, hace que las jornadas laborales y los puestos de trabajo sigan diseñados según los conceptos de competitividad, dedicación y éxito masculinos²⁴⁸, lo que a la larga desanima a muchas mujeres y provoca que las que tienen medios económicos prefieran dejar de trabajar o del otro lado, obligar a la renuncia de la maternidad, provocando problemas de familia a aquellas que carecen de los medios económicos necesarios para dejar de trabajar.

²⁴⁵ Cfr. CALVO CHARRO, María. *“Alteridad Sexual, la verdad intolerable. Ideología de Género y su repercusión en el hombre y la sociedad”*. Colección Argumentos para el Siglo XXI, Editorial Digital Reasons, 2013, p. 66.

²⁴⁶ MARIAS, Julián señala: “(...) Habéis conquistado todos los trabajos, pero con la condición de que dejaseis vuestra condición femenina en la puerta, con el requisito de que actuaseis de modo neutro. Y eso ha sido un error (...)” en SALINAS ALONSO, Florinda, *“La mujer Visible. Feminismo para el Siglo XXI”*, Colección Argumentos para el Siglo XXI, Editorial Digital Reasons, 2014, p. 21

²⁴⁷ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 103: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.” [ubicado el 15.V 2014]. Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-constitucion.htm&vid=Ciclope:CLPdmo>.

²⁴⁸ En ese sentido, PACHECO ZERGA señala: “La cuestión medular se encuentra en reconocer que las diferencias entre los sexos no se encuentran en el plano accidental sino, más bien, en el ontológico o natural, porque se fundamentan en la función natural de maternidad y paternidad que corresponde a cada sexo. PACHECO ZERGA, Luz. “La Conciliación de la Vida Familiar con la Profesional”, *La Familia: Naturaleza y Régimen Jurídico en el Siglo XXI, Jornadas Internacionales de Derecho de Familia*, Editora USAT, octubre 2007, p 62.

Es evidente que la mujer tiene encomendada de manera particular el don de la vida y su guarda, razón por la cual su constitución física es diferente a la del hombre. Por eso, los ordenamientos jurídicos deben preservar la salud física y mental de la madre trabajadora, facilitándole el necesario descanso y la atención de sus hijos, especialmente en las primeras etapas de vida, así como evitar que realicen trabajos que afectarían tanto su constitución psico-física como la del feto²⁴⁹.

Ante este escenario se hace imprescindible la aplicación de políticas públicas que regulen y organicen el trabajo con las exigencias de la misión de la mujer dentro de la familia²⁵⁰, más aún, en un país garantista del principio de protección de la familia, como es el nuestro.

3.2.3. Servicios y Políticas Públicas en materia de Conciliación Laboral

Las políticas de conciliación se traducen en prestación de servicios y políticas públicas, tales como:

➤ Servicios (Guarderías y Lactarios)

- El Perú ha dispuesto mediante la **Directiva N° 073-2006-DINEBR-DEI**²⁵¹ las “Normas sobre Organización y Funcionamiento de las cunas de educación inicial”, el que cuenta con los siguientes objetivos:
 - ✓ Promover una atención educativa de calidad para los menores de tres años que asisten a las instituciones educativas públicas o privadas denominadas Cunas, afianzando la eficacia del trabajo pedagógico con participación de la familia y la comunidad.

²⁴⁹ Ibid. p 58

²⁵⁰ Al respecto, GRANDE ARANA y HERRERA MOLINA agregan: “Una maternidad dignificada debe ser la gran prioridad feminista, reclama Germanie Greer, que observa como la maternidad se desdibuja en una sociedad que ve a los niños como un lujo o un capricho y, siempre, como un motivo de discriminación en el trabajo y la promoción. Se debe encontrar la estructura antropológica de la diferencia del hombre y la mujer (que no va en contra de la igualdad, sino en contra del igualitarismo). Este principio contempla la ayuda suplementaria a las familias por parte de los poderes públicos para alcanzar el bien común. El problema estriba en que nuestros poderes públicos a veces realizan una interpretación absolutamente intervencionista de este precepto. GRANDE ARANA, Juan Ignacio; HERRERA MOLINA, Miguel Ángel, Op. Cit. p. 15.

²⁵¹ Directiva N° 073-2006-DINEBR-DEI. Normas Sobre Organización y Funcionamiento de las Cunas de Educación Inicial. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo de la directiva se puede encontrar en <http://www.minedu.gob.pe/normatividad/directivas/dir073-2006-DINEBR-DEI.pdf>.

- ✓ Actualizar y orientar el proceso de creación, organización, funcionamiento y evaluación técnico- pedagógica y de gestión de las Cunas pública y privada.
 - ✓ Determinar criterios de gestión pedagógica, institucional y administrativa que permita a las Direcciones Regionales de Educación (DRE) y Unidades de Gestión Educativa Local (UGEL), regular, supervisar y asesorar las actividades y servicios que ofrecen las Cunas.
 - ✓ Mejorar la calidad del servicio que se brinda y el desempeño laboral del personal que labora en las Cunas.
- Mediante el **Decreto Supremo N° 002-2007-MIMDES**²⁵², se “Dispone la implementación y funcionamiento de servicios de cuidado diurno a través de las Cunas o Wawa Wasi Institucional en las Entidades de la Administración Pública” en cuyas sedes laboren o presten servicios más de 50 mujeres en edad fértil o donde los trabajadores requieran del servicio de cuidado diurno para sus hijos, en un número no menor de 16 niños o niñas.
 - La Ley de Fortalecimiento de la Familia **Ley N° 28542**²⁵³ tiene como objeto promover y fortalecer el desarrollo de la familia, basándose en el respeto de los derechos fundamentales y las relaciones equitativas entre sus miembros. En su art. 2 señala dentro de las políticas y acciones para su cumplimiento: n) promover el establecimiento de servicios de cuidado infantil en los centros laborales públicos y privados, es por ello que, respecto de la promoción de la lactancia materna, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con la **Ley N° 29896**²⁵⁴, que “Establece la implementación

²⁵² Decreto Supremo N° 002-2007-MIMDES. Dispone la implementación y funcionamiento de servicios de cuidado diurno a través de las Cunas o Wawa Wasi Institucional en las Entidades de la Administración Pública. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en [http://dgffs.minag.gob.pe/pdf/normatividad/2007/decresup/DS.%20N%C2%BA%20002-2007-MIMDES\(Implem,.%20de%20Wawa%20Wasi%20\).pdf](http://dgffs.minag.gob.pe/pdf/normatividad/2007/decresup/DS.%20N%C2%BA%20002-2007-MIMDES(Implem,.%20de%20Wawa%20Wasi%20).pdf).

²⁵³ Ley N° 28542. Ley de Fortalecimiento de la familia. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/28542.pdf>.

²⁵⁴ Ley N° 29896: Establece la implementación de lactarios en las instituciones del sector público y privado promoviendo la lactancia materna. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/29896.pdf>.

de lactarios en las instituciones del sector público y privado promoviendo la lactancia materna” siempre que en las instituciones públicas o privadas laboren veinte o más mujeres en edad fértil.

Debe entenderse el término lactario como un ambiente especialmente acondicionado y digno para que las madres trabajadoras extraigan su leche materna durante el horario de trabajo, asegurando su adecuada conservación²⁵⁵.

Las condiciones que deben cumplir los lactarios se rigen además, por lo dispuesto en el **Decreto Supremo 009-2006-MIMDES**²⁵⁶, por el que se dispone la implementación de lactarios en instituciones del sector público donde laboren veinte o más mujeres en edad fértil²⁵⁷.

➤ **Políticas**

Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con políticas públicas de fortalecimiento a la familia a fin de que todos sus integrantes puedan ejercer sus derechos y cumplir adecuadamente sus responsabilidades familiares. Actualmente, contamos con la siguiente normativa de políticas laborales flexibles, desde permisos, licencias, horarios flexibles, entre otros:

- **Ley N° 28983**²⁵⁸ “Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres”, establece en el inc. f) del artículo 6°: “*Garantizar el derecho a un trabajo productivo, ejercido en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, incorporando medidas dirigidas a evitar cualquier tipo*”

²⁵⁵ Entre los principales objetivos de esta normativa está la de establecer mecanismos que permitan la promoción de la lactancia materna en las instituciones del sector público, lo que permitirá mejorar los indicadores de alimentación y nutrición infantil de niños y niñas a nivel nacional y mejorar la calidad de vida de la primera infancia.

²⁵⁶ Decreto Supremo 009-2006-MIMDES: Dispone la implementación de lactarios en instituciones del sector público donde laboren veinte o más mujeres en edad fértil. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_009_2006_MINDES.pdf.

²⁵⁷ Empresas privadas con Lactarios Implementados: ARIN S.A., SODIMAC, PRODUCTOS ROCHE Q.F.S.A CONSORCIO TREN ELECTRICO, SUPERMERCADOS PERUANOS S.A., EMPRESA DE TRANSPORTES EL PINO, TEXTILES CAMONES, BANCO DE COMERCIO, MOTA-ENGEL PERU, ASOCIACIÓN PERUANA JAPONESA, YOBEL S.C.M, ASOCIACIÓN FERREYROS S.A., PRODUCTOS PARAISO S.A.C., UNIMAQ.
Empresas públicas con Lactarios Implementados: MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA, OFICINA DE NORMALIZACION PROVISIONAL ONP, HOSPITAL NACIONAL DOCENTE SAN BARTOLOMÉ, MINISTERIO DE EDUCACION.

²⁵⁸ Ley N° 28983: Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.minedu.gob.pe/files/2083_201202211120.pdf.

de discriminación laboral, entre mujeres y hombres, en el acceso al empleo, en la formación, promoción y condiciones de trabajo, y en una idéntica remuneración por trabajo de igual valor. Se incluye entre los derechos laborales la protección frente al hostigamiento sexual y la armonización de las responsabilidades familiares y laborales.”

- **Ley N° 26772**²⁵⁹ “Disponen que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato”

Entendiendo por discriminación, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole.

- **Ley N° 27270**²⁶⁰ “Ley contra actos de discriminación” que establece que la oferta de empleo y el acceso a centros de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato.

De la misma forma, entiende por discriminación, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole.

²⁵⁹ Ley N° 26772: Disponen que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/discapacidad/leyes/26772.htm>.

²⁶⁰ Ley N° 27270: Ley contra actos de discriminación. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/Ley%2027270.pdf>.

- **Ley N° 26644²⁶¹** y **Decreto Supremo N° 005-2011-TR²⁶²** “Precisan el goce del derecho de descanso pre-natal y post-natal de la Trabajadora Gestante” y establece la licencia por maternidad de 45 días de descanso pre-natal y 45 días de descanso post-natal respectivamente.

El artículo único de la **Ley N° 27606²⁶³** añadió que el descanso postnatal se extenderá por 30 días adicionales en caso de nacimientos múltiples.

- **Ley N° 28308²⁶⁴** y **Decreto Supremo N° 001-2005-DE/SG²⁶⁵** regula el Uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú bajo las mismas condiciones.
- **Ley N° 27409²⁶⁶** “Ley que otorga licencia laboral por adopción” que establece que cuando un padre trabajador adopta, sólo tiene derecho a una licencia posnatal por 30 días naturales, conforme a la Ley N° 27409, sin embargo, cuando los adoptantes son cónyuges la licencia será tomada por la mujer.
- **Ley N° 29409²⁶⁷** y **DECRETO SUPREMO N° 014-2010-TR²⁶⁸** “Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la

²⁶¹ Ley N° 26644: Precisan el goce del derecho de descanso pre-natal y post-natal de la Trabajadora Gestante. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.inpe.gob.pe/pdf/asistencias/Ley%20No.%2026644%2027-06-96.pdf>.

²⁶² Decreto Supremo N° 005-2011-TR: Decreto Supremo que Reglamenta la Ley N° 26644. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/2011-05-17_005-2011-TR_1470.pdf.

²⁶³ Ley N° 27606: Ley que modifica la Ley N° 26644, estableciendo la extensión del Descanso Postnatal en los casos de nacimiento múltiple. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <ftp://ftp2.minsa.gob.pe/normaslegales/2001/L27606-2001.pdf>.

²⁶⁴ Ley N° 28308: Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.defensaidl.org.pe/leg_peru/defensa/04/03/03.pdf.

²⁶⁵ Decreto Supremo N° 001-2005-DE/SG: Aprueba el Reglamento de la Ley N° 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/9e90a7d61e51a8e705257917005dbd09/\\$FILE/NL20050127.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/9e90a7d61e51a8e705257917005dbd09/$FILE/NL20050127.pdf).

²⁶⁶ Ley N° 27409: Ley que otorga licencia laboral por adopción. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/2001-01-25_27409_749.pdf.

²⁶⁷ Ley N° 29409: Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la Actividad Pública y Privada. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/29409.pdf>.

Actividad Pública y Privada” que establece que los padres trabajadores de la actividad privada y pública, incluidos los que forman parte de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, gozan del derecho a una licencia remunerada por paternidad de 4 días en caso de alumbramiento de la cónyuge o conviviente.

- **Decreto Supremo N° 065-2011-PCM**²⁶⁹ que adiciona el artículo 8-A al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios. En el numeral 8-A.2 reconoce que el trabajador sujeto al Régimen CAS también tiene derecho a la licencia por paternidad.
- **Decreto Supremo N° 005-90-PCM**²⁷⁰ que regula el Decreto Legislativo N° 276 y otorga licencia por gravidez (90 días), fallecimiento del cónyuge, hijos o hermanos (5 días, pudiendo extender 3 días más), con goce de remuneración; así como, licencia por matrimonio o enfermedad grave del cónyuge, padres o hijos a cuenta del periodo vacacional (límite de 30 días).
- **Ley 27240**²⁷¹ “Ley que otorga permiso por Lactancia materna” y modificatorias que regula el derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que el hijo tenga un año de edad, en caso de parto múltiple la hora de lactancia se incrementa una hora más al día, que puede ser fraccionado en 2 tiempos iguales durante la jornada laboral, las que no son materia de descuento.

²⁶⁸ Decreto Supremo N° 014-2010-TR: Reglamento de la Ley N° 29409. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.inpe.gob.pe/pdf/asistencias/D.Supremo.014-2010-TR.pdf>.

²⁶⁹ Decreto Supremo N° 065-2011-PCM: Decreto Supremo que establece modificaciones al Reglamento del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/DS%20065-2011-PCM.pdf>.

²⁷⁰ Decreto Supremo N° 005-90-PCM: Regula el Decreto Legislativo N° 276 [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.unsa.edu.pe/control_interno/docs/1_normaslegales/ds_005_90.htm.

²⁷¹ Ley 27240: Ley que otorga permiso por Lactancia materna [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.mintra.gob.pe/contenidos/archivos/prodlab/Ley%2027240%2023-12-99.pdf>.

- Con respecto a la Seguridad y Salud en el Trabajo, contamos con la **Ley N° 28048**²⁷² y el **Decreto Supremo N° 009-2004-TR**²⁷³ “Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto”, el cual establece que en los centros de trabajo las mujeres gestantes solicitaran al empleador no realizar labores que pongan en peligro su salud y/o la del desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación, el cual debe estar certificado por el médico tratante.
- **Ley N° 23284**²⁷⁴ “Ley de Unidad Familiar” Todos los servidores públicos, cuyos cónyuges residan en lugar distinto, tendrán prioridad en su traslado por reasignación o cambio de colocación al lugar de residencia de éstos²⁷⁵.
- **Ley N° 27986** y el **Decreto Supremo N° 015-2003-TR** “Ley de los Trabajadores del Hogar”, Entre los aspectos más problemáticos de la regulación actual se encuentra la ausencia del reconocimiento del derecho a una remuneración mínima vital. Se contempla la posibilidad de que el contrato de trabajo se celebre de forma verbal o escrito, lo que genera una serie de dificultades para probar la relación laboral, además, existen diferencias significativas entre este régimen especial de la Ley N° 27986 y el régimen laboral común aplicable al régimen laboral de la actividad privada.

3.2.4 Unión civil no matrimonial, sobre el Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR

Mediante Oficio N° 080-CJ-DDHH-CR/2013-2014 se remitió a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos el Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR presentado

²⁷² Ley N° 28048: Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/Ley%2028048.pdf>.

²⁷³ Decreto Supremo N° 009-2004-TR: Norma que reglamenta la Ley N° 28048. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.mintra.gob.pe/contenidos/archivos/sst/DS_009_2004_TR.pdf.

²⁷⁴ Ley N° 23284: Ley de Unidad Familiar. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/Ley%2023284.pdf>

²⁷⁵ Respecto al Derecho al Trabajo y la Unidad Familiar, EL Tribunal Constitucional en la STC. del Expediente N° 02904-2011-PA/TC señaló que se lesiona el derecho a la unidad familiar si el empleador ordena el traslado del trabajador a región distinta donde domicilian familiares discapacitados (interdictos, incapaces absolutos) a quienes asiste (curatela). Obviar el estado de abandono en el que estos quedarían desconoce la especial protección que la Constitución les reconoce y el mandato judicial de la curatela.

por el Congresista Carlos Bruce del Grupo Parlamentario “Concertación Parlamentaria” que establece la Unión civil no matrimonial entre personas del mismo sexo, en adelante (UCNM).

El acotado proyecto de ley define a la UCNM como la unión voluntaria conformada por dos personas del mismo sexo (compañeros civiles) con el fin de establecer y garantizar los siguientes derechos y deberes²⁷⁶:

- ✓ Formar una sociedad de gananciales salvo pacto expreso en contrario.
- ✓ Mismo tratamiento que los parientes de primer grado en el caso de visitas a centros médicos de salud, toma de decisiones en tratamientos médicos.
- ✓ Régimen de Alimentos de acuerdo a lo establecido por los Artículos 472²⁷⁷ y siguientes del Código Civil.
- ✓ Derechos del cónyuge supérstite de acuerdo a lo establecido en los Artículos 731²⁷⁸ y 732²⁷⁹ del Código Civil.

²⁷⁶ Actualmente en nuestro país, además del proyecto de Ley N° 2647/2013-CR materia de análisis, se han presentado el proyecto de Ley N° 3273/2013-CR, que propone crear el “Régimen de Sociedad Solidaria” en el que se pueda establecer y reconocer derechos patrimoniales, generados entre dos personas mayores de edad, que deciden voluntariamente hacer vida en común, con el objeto de brindarse asistencia solidaria mutua y el proyecto de Ley N° 2801/2013-CR, que propone crear la institución jurídica denominada “Atención Mutua”, a fin de establecer derechos y obligaciones patrimoniales, incluyendo derechos pensionarios o hereditarios, entre dos personas que sin tener un vínculo matrimonial o convivencial, han mantenido intereses comunes por un tiempo prolongado. Como podemos ver, en ambos proyectos de ley se deja entrever cierto nivel de regulación respecto de las relaciones entre personas del mismo sexo.

²⁷⁷ Código Civil Peruano de 1984. [ubicado el 15.III.2014] Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo> “Artículo 472.- Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo”.

²⁷⁸ Código Civil Peruano de 1984. [ubicado el 20.III.2014]. Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>. Artículo 731: “Derecho de habitación vitalicia del cónyuge supérstite; Cuando el cónyuge sobreviviente concorra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcancen el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales.

La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos.

En su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge sobreviviente.”

²⁷⁹ Código Civil Peruano de 1984. Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

- ✓ Inscripción como beneficiario en temas relacionados con Seguridad Social.
- ✓ Inscripción del cambio de estado civil en RENIEC.
- ✓ Protección contra la violencia familiar y participación en los programas de acceso a la vivienda.
- ✓ Celebración de contratos que regulen sus relaciones personales y efectos patrimoniales derivados de la convivencia, como las compensaciones económicas que consideren adecuadas para el caso de la disolución de la unión.
- ✓ Modificación del Artículo 816²⁸⁰ del Código Civil respecto a las órdenes sucesorias.

“Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o compañero civil, o en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grado de consanguinidad.”

El propulsor de esta ley entiende como derecho fundamental del homosexual el reconocimiento legal de sus relaciones de pareja ante el Estado, en la Exposición de Motivos señala lo siguiente: *“La persona heterosexual tiene derecho a que el Estado reconozca a la persona que ama como su pareja ante la ley (casarse), la*

Artículo 732.- Si en el caso del artículo 731 el cónyuge sobreviviente no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario. Si se extingue el arrendamiento, el cónyuge sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación a que se refiere el artículo 731.

Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar.

Si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos en este artículo y en el artículo 731 se extinguen, quedando expedita la partición del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos.” [ubicado el 20.III 2014].

²⁸⁰ Código Civil Peruano de 1984. [ubicado el 20.III 2014] Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>.

Artículo 816: Órdenes sucesorios: Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad. El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.”

*persona homosexual no tiene el mismo derecho*²⁸¹. Añade además, que el no reconocimiento de estas parejas implica discriminación de parte del Estado.

Sin duda, existe un amplio debate con respecto a este tema, nuestra intención tan sólo es tratar de establecer; desde la descripción misma de las características de la UCNM; si su regulación atenta contra la institución de la familia y por extensión con el ordenamiento jurídico imperante en nuestro país.

Para empezar, es importante hacer hincapié que el proyecto de ley materia de análisis destaca que, la unión civil no matrimonial es una institución distinta al matrimonio y a la unión de hecho; sin embargo, todo el desarrollo de este proyecto de ley se encuentra inspirado paradójicamente en las normas que regulan el matrimonio. Los impedimentos²⁸², las causales de disolución²⁸³, las

²⁸¹ Proyecto de Ley N°2647/2013-cr. [ubicado el 20.III 2014]. Obtenido en: <http://www.elregionalpiura.com.pe/web-pdf/proyecto-union-civil.pdf>. Proyecto de Ley que establece las uniones civiles entre personas del mismo sexo.

²⁸² Código Civil Peruano de 1984. Artículo 241. [ubicado el 20.III 2014]. Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>. "Impedimentos: No pueden contraer matrimonio: 1. Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse." 2.- Los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y trasmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole. 3.- Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos. 4.- Los casados. Impedimentos relativos: Artículo 242.- No pueden contraer matrimonio entre sí: 1.- Los consanguíneos en línea recta. El fallo que condena al pago de alimentos en favor del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado judicialmente produce también el impedimento a que se refiere este inciso. 2.- Los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y el tercer grados. Tratándose del tercer grado el juez puede dispensar este impedimento cuando existan motivos graves. 3.- Los afines en línea recta. 4.- Los afines en el segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio que produjo la afinidad se disolvió por divorcio y el ex-cónyuge vive. 5.- El adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas y dentro de los grados señalados en los incisos 1 a 4 para la consanguinidad y la afinidad. 6.- El condenado como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges, ni el procesado por esta causa con el sobreviviente. 7.- El raptor con la raptada o a la inversa, mientras subsista el rapto o haya retención violenta."

²⁸³ Código Civil Peruano de 1984. [ubicado el 20.III 2014]. Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo> Artículo 333.- "Causales de disolución del vínculo: Son causas de separación de cuerpos: 1. El adulterio. 2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.

3. El atentado contra la vida del cónyuge. 4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común. 5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo. 6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347. 8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio. 9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio. 10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial. 12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años

causales de nulidad²⁸⁴, en gran parte son las mismas a las establecidas en el Código Civil; lo mismo sucede con el procedimiento de disolución previsto en la Ley del Notariado –conexa al Código Civil en materia de matrimonio. Es decir, de la lectura de los derechos y obligaciones pretendidas para los “compañeros civiles” se reconocen casi similares características del matrimonio entre personas heterosexuales, sin embargo, debemos señalar que, curiosamente en el proyecto de ley no se consideran como causales de disolución de este vínculo al adulterio, el uso de estupefacientes ni la enfermedad grave de transmisión sexual, que si son obligatorias para la unión civil matrimonial. Con ello se demuestra que a pesar de pesar del supuesto propósito de regular sólo el aspecto económico de este tipo de relaciones, el proyecto de ley realmente busca regular derechos y *deberes no patrimoniales* y aún más beneficiosos²⁸⁵ que los protegidos en el caso del matrimonio.

si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.

13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.”

²⁸⁴ Código Civil Peruano de 1984. [ubicado el 20.III 2014]. Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdmo>

Artículo 274.- Es nulo el matrimonio: 1.- Del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o aquél tenga intervalos lúcidos. No obstante, cuando el enfermo ha recobrado la plenitud de sus facultades, la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado y caduca si no se ejercita dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad.

2. Del sordomudo, del ciegosordo y del ciegomudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable.

Empero, si aprenden a expresarse sin lugar a duda, es de aplicación lo dispuesto en el inciso 1. 3. Del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bigamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del bigamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe. La acción caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior. Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste, sólo puede ser impugnado, mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe. En el caso del matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado presuntamente muerto, es de aplicación el artículo 68. 4. De los consanguíneos o afines en línea recta. 5. De los consanguíneos en segundo y tercer grado de la línea colateral. Sin embargo, tratándose del tercer grado, el matrimonio se convalida si se obtiene dispensa judicial del parentesco. 6. De los afines en segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio anterior se disolvió por divorcio y el ex-cónyuge vive. 7. Del condenado por homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente a que se refiere el artículo 242, inciso 6. 8. De quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268. No obstante, queda convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.

²⁸⁵ La pretendida unión civil no matrimonial establece como derecho de los compañeros civiles el derecho a formar una sociedad de gananciales y además de ello, en el Artículo 10 del proyecto se establece: “Las personas que conforman la Unión Civil pueden celebrar contratos que regulen sus relaciones personales y efectos patrimoniales derivados de la convivencia (...)”. Entonces, además de encontrarse cometido al régimen de sociedad de gananciales, con todos los beneficios que ello implica, cuentan además con la libertad de contratación entre ellos, situación que se encuentra totalmente prohibida entre los cónyuges.

Para responder a la pregunta de si el Estado peruano debe regular o no la UCNM al igual que regula el matrimonio habrá que responder a la pregunta de por qué regula el matrimonio en primer lugar. Si ambas figuras responden a los mismos fines y las mismas necesidades del Estado entonces tendrían que regularse ambas por igual, no hacerlo implicaría un grave acto de discriminación²⁸⁶.

¿Por qué el Estado peruano, o cualquier estado, regula el matrimonio? ¿Se puede distinguir el matrimonio, de una relación permanente de simple compañerismo? Si el matrimonio se centra tan sólo en emociones en lugar de ser una institución inherentemente ordenada a la vida de familia, no hay bases para diferenciarla de la amistad u otro tipo de relación emocional afectiva²⁸⁷. Si ese es el caso, ¿Qué sí la diferenciaría de las distintas relaciones afectivas? ¿El sexo?, Si bien es cierto, el sexo podría entenderse, en el mejor de los casos, como la máxima muestra de intimidad emocional entre dos personas, pero si sólo se entiende como el más intenso estadio de demostración de afecto, bien podría ser reemplazado por algo más. No todas las personas disfrutan el sexo por igual, quizás algunas encuentren

²⁸⁶ FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO, Opinión Técnica N° 001-2014-FD-UCSP, Arequipa 04 de abril de 2014. p. 16 [ubicado el 10.V 2014] Obtenido en <http://ucsp.edu.pe/opinion-tecnica>. Al respecto se ha afirmado: “La discusión sobre si la orientación sexual debe considerarse o no una categoría sospechosa en el ordenamiento jurídico peruano no tiene en el fondo relevancia práctica para el caso concreto que se discute aquí, ya que independientemente de su reconocimiento como tal, queda claro que las personas con orientación sexual no heterosexual no deben ser discriminadas, y que todo tratamiento diferenciado injusto efectuado en su contra resulta una violación del principio de igualdad, además de una intromisión injusta en sus derechos a la vida privada y al libre desarrollo de la libertad. Precisamente, lo que deberá establecerse es si la no institucionalización de la UCNM en el Perú implica un trato diferenciado injusto (y por lo tanto, discriminatorio) contra las personas de orientación homosexual.” Loc. Cit.

²⁸⁷ GIRGIS, Sherif; T. ANDERSON, Ryan and ROBERT P & George. *What is Marriage? Man and Woman: A defense*. New York, Encounter Books, 2012, p 16. En el mismo sentido, el autor afirma: “Some argue simply that the state should grant people certain legal benefits if they provide one another with domestic support and care. But such a scheme would not be marriage, nor could it make sense of the features of marriage law.

Take Oscar and Alfred. They live together, support each other, share domestic responsibilities, and have no dependents. Because Oscar knows and trusts Alfred more than anyone else, he would like Alfred to be the one to visit him in the hospital if he is ill, give directives for his care if he is unconscious, and inherit his assets if he dies first. Alfred feels the same about Oscar. Each offers the other security amid life’s hardship, and company in its victories. They face the world together.

So far, you may be assuming that Oscar and Alfred have sexual relationship. But does it matter? What if they are bachelor brothers? What if they are college best friends who never stopped rooming together, or who reunited as widowers? In these cases, most agree, they would not be spouses. And yet they would be, by most revisionists’ arguments.

Assuming a general policy of recognizing committed dyads, should the benefits that Oscar and Alfred receive depend on whether their relationship is or can be presumed to be sexual? Would it not be patently unjust if the state withheld benefits from them only because they were not having sex with each other?” Loc. Cit.

el mismo grado de intensidad afectiva realizando otro tipo de actividad en pareja.²⁸⁸

Entonces, si la diferencia tampoco la encontramos en la práctica sexual, ¿a qué queda reducido el matrimonio? Quizás la respuesta la encontremos en la monogamia, sin embargo, dadas las características anteriores, si cualquier relación de tipo afectivo merecer ser reconocida por el Estado, ¿acaso debe ser reconocida una relación sólo entre dos personas? ¿Acaso no sería discriminatorio negar el reconocimiento de la unión entre tres o más personas que quieran hacer vida en común?

En principio, si no hay ninguna base cierta sobre la cual privilegiar una relación sobre otra, entonces no tendría caso intentar equipararlas al matrimonio, ¿para qué?, si con los argumentos planteados queda la figura del matrimonio como cascarón vacío, si sólo permanece el término, el nombre, más no el contenido, resulta siendo un contrasentido que se persiga un reconocimiento que logre los mismos derechos y deberes de una institución cuya esencia misma se ha minimizado y despreciado. Si la figura del matrimonio como se conoce hasta ahora, es considerada una institución arcaica, obsoleta o una creación arbitraria del Estado, ¿por qué entonces les urge tanto a algunos poder acceder a ella?

Sólo entendida como la unión libre entre un hombre y una mujer para hacer vida en común, es que ha sido posible la perpetuidad de la especie y el tan necesario desarrollo de las sociedades²⁸⁹; así fue demostrado en el primer capítulo de esta

²⁸⁸ Al respecto han señalado CASTILLA CORTÁZAR “Se debe destacar que la sexualidad humana no sólo tiene como objetivo perpetuar a la especie humana; es más, tiene otras dimensiones, que en el mundo animal son desconocidas, entre ellas: la comunicación y el amor. Ello hace de la sexualidad, no sólo fuente de placer y fuente de vida, sino origen de los lazos más profundos que unen a las personas y que contribuyen al bien de los demás”. Cfr. CASTILLA CORTÁZAR, Blanca. Op. Cit., p. 35. Al respecto, también ha afirmado CHIESA, Pedro J. M. *El derecho frente a la procreación*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997, p. 50. “Es decir, la sexualidad humana, a diferencia de la animal, “(...) modula también la psicología y la vida intelectual: los varones y las mujeres tenemos diferencias que afectan al modo de ser, de pensar, de comportarse, de ver las cosas, de estar en el mundo. Hay unos caracteres propios de la feminidad y otros de la masculinidad y, además, se complementan”; sin duda, la diferencia existente entre el hombre y la mujer es el origen de un aspecto enriquecedor mutuo, que hace de la sexualidad un lenguaje natural e inherente del cuerpo. Partiendo de lo anterior, se concreta la dimensión comunicativa de la sexualidad, como aquella forma de comunicación más fuerte y originaria que pueda existir entre un hombre y una mujer” “El estatuto biológico-moral: sobre la procreación humana y las denominadas técnicas de reproducción artificial”. Loc Cit.

²⁸⁹ En el mismo sentido: “La sociedad debe reconocer y apoyar como bueno para las personas y para el bien común ese modo de amor, que preserva la ecología humana. El bien del esposo es la esposa; el bien de la

investigación; no es una afirmación fuera de lugar, es un dato histórico, fácilmente comprobable, sólo miremos a nuestro alrededor, el sentido del matrimonio o unión entre hombre y mujer se fundamenta en principios naturales y antropológicos.

En el Capítulo II de nuestra investigación, señalamos que el Artículo 4 de la Constitución entre otras cosas, promueve el matrimonio²⁹⁰, en el Artículo 5 del mismo cuerpo normativo se encuentran descritas las características del matrimonio²⁹¹, aunque bien podrían predicarse de la convivencia también, en este punto lo importante es que la Constitución reconoce en este tipo de uniones una comunidad de bienes también con la característica especial que da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, la que fue pensada para la protección de los miembros del núcleo familiar, incluyendo a los hijos. Además de ello, el Artículo 6 sobre Política Nacional de Población²⁹² promueve la paternidad y maternidad responsables, independientemente de si surge en una relación matrimonial o no.

Como lo señalamos también en el Capítulo II, en las declaraciones internacionales se hace mención al derecho de los hombres y mujeres tienen a contraer matrimonio y a fundar una familia.

Por otro lado, el Artículo 234 del Código Civil²⁹³ sí define al matrimonio, resaltando las características ya mencionadas, unión entre un hombre y una mujer a fin de hacer vida en común²⁹⁴.

esposa, el esposo. Y el bien de la sociedad, el ordenado, amoroso y responsable tránsito de las generaciones.” Cfr. PERIS CANCIO, J.A. Op. Cit. p. 60

²⁹⁰ Revisar nota al pie 169 del presente trabajo de investigación.

²⁹¹ Revisar nota al pie 169 del presente trabajo de investigación.

²⁹² Revisar nota al pie 192 del presente trabajo de investigación.

²⁹³ Código Civil Peruano: [ubicado el 20.III 2014] Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dii?fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdmo>.

Artículo 234: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común”.

²⁹⁴ GIRGIS, Sherif; T. ANDERSON, Ryan and ROBERT P., George. Op. Cit. p. 30. En la misma línea afirman: “A more promising way to explain this connection between marriage and family life is to consider how other bonds are specially related to certain goods via certain activities.

Ordinary friendships, for example, are unions of minds and wills, by which each friend comes to know and seek the other’s good. So they are sealed-friends are most obviously and truly befriending-in conversations and common pursuits. Scholarly relationships are most embodied in joint inquiry, discovery and publication; drama troupes, in rehearsals and shows. There is a parallel; in other words, between the common good to which any bond is ordered and the activity that most embodies it.

También hicimos referencia a las resoluciones del Tribunal Constitucional que reconocen distintas estructuras familiares, pero que comparten elementos constitutivos esenciales, como son la orientación a la dimensión generativa o de procreación.

Como podemos verificar, en nuestra Constitución Política no se ampara en estricto un *derecho al matrimonio* sino el *derecho a contraer matrimonio*. Se desprende del texto tanto de la legislación nacional como del derecho internacional, que el matrimonio no es un derecho en sí, solo se tiene el derecho a contraer matrimonio como una necesidad de la especie humana, no del individuo en sí mismo, por tanto, es un derecho renunciable²⁹⁵.

Este derecho a contraer matrimonio, como todo derecho cuenta con ciertas delimitaciones que nos permiten verificar si en algún punto puede ser desnaturalizado o no, sólo cabe verificar del análisis de sus elementos si corresponden o no con los de la UCNM:

- ✓ **Sujetos:** Varón y Mujer, porque los sujetos que se unen como esposos cuentan con una diferenciación sexual determinada, ambas son distintas pero complementarias sexualmente. Se distingue de cualquier otro tipo de vínculo en su específico carácter sexual y procreador.²⁹⁶
- ✓ **Fundamento y Vínculo:** Aquello que se intercambia no es sólo el cuerpo, la esencia del matrimonio es “un hombre y una mujer vinculados entre sí

To be clear, it is not just that certain activities *symbolize* the fact that a relationship is of this or that type. They partly *make it so*. A baseball team does not just show the world what it is through practices and games; rather, playing the game is how teammates *make* themselves more truly what they have committed to being together.

So if there is some basic connection between the comprehensive good of procreation (hence family like) and the bond of marriage, we can expect a parallel link between procreation and the activity that enacts, renews, or embodies a marriage. (...) In short, marriage is ordered to family life because the act by which spouses make live also makes new life; one and the same act both sales a marriage and brings forth children. That is way marriage alone is the loving union of mind and body fulfilled by the procreation-and rearing-of whole new human beings”. Loc. Cit.

²⁹⁵ UNIVERSIDAD AUSTRAL. Bases para la Elaboración de las Políticas Familiares en Argentina. Argentina, Editorial del Congreso de la Nación, 2005, p. 17. [ubicado el 15.III.2014] Obtenido en http://web.austral.edu.ar/descargas/Bases_Politicas_Familiares_Argentina.pdf. El centro de Investigación señaló que “El matrimonio es una realidad amorosa y jurídica de origen natural y de existencia consensual”. Loc. Cit.

²⁹⁶ Cfr. VILADRICH Pedro-Juan. *La Agonía del Matrimonio Legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*. Instituto de Ciencias Para la Familia, 4ta edición, Pamplona-Navarra, Editorial EUNSA, 2001, p. 70.

de manera exclusiva” En cuanto varón-virilidad y en cuanto mujer-feminidad, es todo el ser.

“La relación varón-mujer no es sólo una apertura ocasional y fugaz, sino una *apertura estable*; por eso la tendencia de los sexos no es sólo al mero contacto transeúnte, sino al “establecimiento” de una *unión* (fundación de una comunidad en lo conyugal) o estado”²⁹⁷

Un hombre es para la mujer y una mujer es para el hombre de manera exclusiva y de manera integral, en todas sus dimensiones, tal entrega se hace necesaria para lograr alcanzar la convivencia permanente a la que se comprometen y en la que podrán educar a los hijos.

- ✓ **Contenido:** Es en base a esa unión estable que surgen los distintos derechos y deberes que el Estado reconoce y que ya señalamos a lo largo de nuestra investigación.
- ✓ **Finalidad:** Debemos tener en cuenta que a lo largo del presente análisis nos hemos referido ya a los fines objetivos del matrimonio; los cuales debemos diferenciar de los fines subjetivos, propio de las expectativas de los esposos y que pueden o no condecirse con los fines objetivos del matrimonio; entre ellas contamos con las señaladas líneas arriba, procreación, mutua ayuda y ordenada realización de la vida conyugal.

Surge ahora la cuestión de aquellos matrimonios que no logran tener efectivamente hijos o de aquello que no consiguen de modo definitivo y pleno los otros fines del matrimonio, ¿pueden considerarse matrimonios?

Al respecto VILADRICH señala:

“Toda la cuestión estriba en captar una sutil pero decisiva distinción. Los fines objetivos (la procreación y educación de los hijos, etc) están en el matrimonio de dos maneras muy diferentes. Podemos pensar en estos fines, tomando la palabra “fin” como equivalente a *meta, término o resultado efectivo*. En este primer sentido, los fines son las *metas* a las que tiende el matrimonio. (...) Ahora bien, podemos pensar en los fines objetivos, pero tomando la palabra “fin” como sinónima de *tendencia, disposición hacia u ordenación dinámica*. En este segundo sentido, los fines ya no son las metas. Como tendencia, los fines están dentro de la esencia del matrimonio. Al primer sentido, se le llama *fines-meta*. Al segundo sentido, se le denomina *fines-ordenación interna*. En el sentido de fines-meta, los fines objetivos están fuera del matrimonio: son los resultados en tanto obtenidos. Pero en el sentido de fines-ordenación interna, los fines objetivos están dentro del

²⁹⁷ Ibíd. p. 55

matrimonio, pues no son otra cosa que la misma unión conyugal *vista en tanto "ordenada internamente"* para *correr* hacia sus metas.²⁹⁸

De lo señalado se puede afirmar que la tendencia hacia los fines objetivos es una ordenación interna y esencial de la propia unión conyugal, propia de la complementariedad masculina y femenina, sin la cual, esa unión no es matrimonio, tal tendencia viene a ser entonces una constitutiva apertura del matrimonio hacia la posibilidad de sus metas objetivas.

Ya hemos descrito cuáles son los elementos propios del matrimonio entre un varón y una mujer, ahora analicemos bajo los mismos presupuestos la unión entre dos personas del mismo sexo para determinar si corresponde a la luz de nuestro ordenamiento jurídico su equiparación normativa.

Sujetos: Varón-Varón, Mujer-Mujer; no existe una diferenciación sexual determinada, se encuentra impedida por lo tanto de engendrar hijos comunes²⁹⁹.

²⁹⁸ VILADRICH, Pedro-Juan, Op. Cit. p.164.

²⁹⁹ A mayor abundancia: "La posibilidad de que los pretendidos "matrimonios" de personas del mismo sexo sean ámbitos para la transmisión de la vida podría asumir-desde un punto de vista teórico y formulando un ejercicio intelectual sin considerar ningún tipo de límite moral ni jurídico- diversas variantes:

a) Podría pensarse en una relación sexual de uno de los cónyuges con un tercero, consentida por el otro cónyuge. En tal caso nos encontraríamos con diversas problemáticas, sin perjuicio de las objeciones de fondo

que damos por presupuestas. En primer lugar, habría un quebrantamiento del deber de fidelidad. Además, la filiación correspondería a los "padres", que no son los "cónyuges", de tal manera que siempre se trataría de un hijo extramatrimonial. Cabe preguntarse aquí sobre cómo jugarían las presunciones de maternidad y paternidad que establece el Código Civil en el caso de estos pretensos "matrimonios" de personas del mismo sexo.

b) Podría pensarse en utilizar técnicas de procreación artificial. Nuevamente aquí dejamos a un lado las objeciones de fondo. Habría que formular una distinción según se trate de una unión de dos mujeres o de dos varones y también según sean gametos propios o de terceros. Incluso podría darse el caso de un alquiler de vientres. A continuación realizamos algunas simulaciones, aclarando que utilizamos "con reservas" la expresión "cónyuge 1" y "cónyuge 2".

En el caso de dos mujeres, las variantes serían:

Semen Óvulos Gestante

1 Dador Cónyuge 1 Cónyuge 1

2 Dador Cónyuge 1 Cónyuge 2

3 Dador Dador Cónyuge 1

4 Dador Cónyuge 1 Madre subrogante

5 Dador Dador Madre subrogante

En todos los casos, por supuesto, se trataría de semen de dador. En los supuestos primero y tercero, la "cónyuge 2" no tendría ninguna relación con el hijo concebido por las técnicas. Sin embargo, en el segundo supuesto, ambas "cónyuges" tendrían alguna relación con el hijo concebido, que por aplicación del Código Civil tendría como madre a la gestante ("cónyuge 2"), mientras que "cónyuge 1" sería en realidad la madre biológica. En los supuestos 4 y 5 aparecería la problemática de la maternidad subrogada, que siempre tendría la maternidad legal, aunque en el supuesto 4, "cónyuge 1" podría reclamar la maternidad por el

- ✓ **Fundamento y Vínculo:** Las uniones de hecho homosexuales son uniones de personas del mismo sexo que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida permanente en el tiempo que es conocida públicamente.

El único objetivo de su convivencia permanente es la compañía mutua, la cohabitación, una vida de pareja y es en mérito a este factor de relaciones patrimoniales entre los convivientes homosexuales, que se considera necesario el otorgamiento de efectos jurídicos a las uniones homosexuales.

- ✓ **Finalidad:** Como consecuencia de su falta de aptitud natural para la procreación, la unión homosexual se limita a la satisfacción de sus miembros en el desarrollo de su personalidad individual, pero no genera ningún tipo de contribución a la continuación de la especie humana.

Es claro que sin una finalidad beneficiosa para el Estado se estaría concediendo regulación a una situación basada sólo en la orientación sexual, es evidente que si el Estado cede en este aspecto, en base a los mismos argumentos las uniones civiles exigirán la atribución de mayores derechos, aun cuando no les

nexo biológico, mientras que en el supuesto 5 ninguna de las dos "cónyuges" podría reclamar un vínculo materno.

En el caso de dos hombres, las variantes serían:

Semen Óvulos Gestante

1 Cónyuge 1 Dadora Dadora

2 Cónyuge 1 Dadora Madre subrogante

3 Dador Dadora Dadora

4 Dador Dadora Madre subrogante

Claramente se advierte que en todos los supuestos el "cónyuge 2" no tendría ninguna participación en los vínculos filiatorios en la pretensión de dar un "hijo" a esta unión de personas del mismo sexo. En los supuestos 2 y 4 aparece el mismo problema de la maternidad subrogada, que se agrava en el supuesto 4 ya que ninguno de los dos "cónyuges" podría reclamar vínculo alguno con el concebido y gestado por la subrogante. Cabe aclarar que estas simulaciones no son pura "ciencia ficción", sino que en nuestro país hoy en día se están aplicando las técnicas de procreación artificial de manera descontrolada y sin respeto de las más elementales

normas de respeto a la vida y de respeto a la identidad biológica de los niños concebidos". NICOLAS LAFFERRIERE, Jorge Nicolás. "Los proyectos de Ley de Modificación del Código Civil y Legalización de las Uniones de personas del mismo sexo" en *El Matrimonio, un bien jurídico indisponible*. Publicación de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica Argentina, [ubicado el 15.II 2014] Obtenido en http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo13/files/El_matrimonio-_un_bien_jur-dico_indisponible.pdf.

corresponda³⁰⁰, como el derecho a formar una familia en base a su derecho a tener hijos, no habrían límites, si se regula sobre esto eventualmente se deberá regular sobre técnicas de reproducción asistida o adopción en caso de personas del mismo sexo.

Aun en aquellos casos en los que se permita la adopción de niños o la aplicación de técnicas de reproducción asistida a parejas del mismo sexo para que logren tener hijos, este tipo de uniones seguirá siendo insuficiente ya que no se necesitan sólo dos personas para criar a un niño, es indispensable incluir en la educación de los niños el rol diferenciado de progenitor masculino y femenino³⁰¹.

Como ya establecimos, el modelo de familia que nuestra Constitución protege se encuentra basado en el matrimonio, o en todo caso, en la unión de hecho de dos personas, un hombre y una mujer, en sus dimensiones más básicas, en sus cuerpos y mentes, los une con el fin de procreación y para compartir una vida de familia de manera permanente y exclusiva³⁰².

³⁰⁰ Es la unión civil, como unión entre personas del mismo sexo a la que no le corresponde los derechos propios de una unión heterosexual, no estamos negando el derecho de las personas homosexuales a tener una familia o hijos, en realidad, por el mismo hecho de ser personas y por su constitución biológica, bien podrían ejercer tales derechos, sólo que no esperan ejercerlos naturalmente.

³⁰¹ Cfr. MEDINA, Graciela. *Uniones de Hecho, Homosexuales*, Buenos Aires-Argentina, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 39

³⁰² SHERIFF GIRGIS continúa su razonamiento de la siguiente manera: "First, unlike ordinary friendship, marriage unites people in all their basic dimensions. It involves a union of minds and wills that unfolds in a sharing of life and resources. But marriage also includes bodily union. This is because your body is an essential part of you, not a vehicle driven by the "real" you, your mind; nor a mere costume you must don. (...) Spouses find it beautiful and uniquely appropriate that their children are a mixture of their bodies. Couples see their infertility as a tragic limitation even when they can adopt. Proud new parents care which child is handed to them in the maternity ward. The evidence of our embodiedness, and of its value, is all around us. Because of that embodiedness, any union of two people *must include bodily union* to be comprehensive. If it did not, it would leave out a basic part of each person's being. Marriage requires exclusivity with respect to sex, to a certain kind of bodily union. But what makes sex special? Our bodies can touch and interact in all sorts of ways, so why can sexual union make two people one body as nothing else can?

Start with a more familiar case. Something about your organs-your heart, stomach, lungs- makes them one body, one organic substance (...). What makes for unity is common action: activity toward common ends. Two things are parts of a great whole if they act as one; and they act as one if they coordinate toward one end that encompasses them both.

Between two people, that sort of union is impossible through functions like digestion, for which individuals are naturally sufficient. But it is a remarkable fact that there is one respect in which this highest kind of bodily union is possible between two individuals, one function for which a mate really does *complete* us: sexual reproduction. In coitus, and there alone, a man and a woman's bodies participate by virtue of their sexual complementarity in a coordination that has the biological purpose of reproduction-a function that neither can perform alone. Their coordinated action is, biologically, the first step (the behavioral part) of the reproductive process. By engaging in it, they are united, and do not merely touch, much as one's heart,

De todo lo dicho y de conformidad con el principio de unidad y concordancia normativa no se puede afirmar que se derive una obligación de asegurar que las parejas del mismo sexo reciban un tratamiento igual al de las parejas heterosexuales. Como vimos, los elementos de la relación jurídica, aunque presentes en ambos tipo de relación, no pueden equipararse dado que se diferencian en cuanto a su contenido mismo³⁰³.

Por lo tanto, la no institucionalización de las UCNM por parte del ordenamiento jurídico peruano no implica un tratamiento discriminatorio, la desnaturalización de los elementos propios del matrimonio y constitutivos básicos de la familia en nuestra normativa implican consecuencias negativas respecto del bien de la sociedad, ya que no debemos olvidar que con la protección del matrimonio, lo que también se protege jurídicamente es la dimensión social, el bien común que este

lungs, and other organs are united: by coordinating toward a biological good of the whole that they form together. Here the whole is the couple; the single biological good, their reproduction.

But bodily coordination is possible even when its ends is not realized; so for a couple, bodily union occurs in coitus even when conception does not. It is the *coordination toward a single end* that makes the union; achieving the end would deepen the union but is not necessary for it.

All interpersonal unions are, so far as they go, valuable in themselves: not just as a means to other ends. So a husband and wife's loving bodily union in coitus and the special kind of relationship that it seals are valuable, even when conception in neither sought nor achieved. But two men, two women and larger groups cannot achieve organic bodily union: there is no bodily good or function toward which their bodies can coordinate.

In particular, pleasure cannot play this role for several reasons. The good must be truly common and for the couple as a whole, but mental states are private and benefit partners, if at all, only individually. The good must be bodily, but pleasure as such are aspects of experience. The good must be inherently valuable, but pleasure are good in themselves only when they are taken in some others, independent good. So while pleasure and delight deepen and enrich a marital union where one exists, they cannot be its foundation. They cannot stand on their own". GIRGIS, Sherif; T. ANDERSON, Ryan and ROBERT P., George. Op. Cit. pp 26-27

³⁰³ Sobre la determinación de la naturaleza de las instituciones jurídicas LEDESMA citado por SALAZAR REYES-ZUMETA señala: "La determinación de la naturaleza de un derecho o de un bien jurídicamente tutelable no sólo se hace necesaria cuando se halla cuestionada, sino también porque sin aquella es imposible interpretar la ley al no tenerse claro el principio filosófico que la inspira. Precisamente, de dicho principio se extrae el modo con que debe ser interpretada, la intención del legislador y consecuentemente resueltas las controversias que surgen continuamente en la aplicación práctica del texto legal. Si se concibe que el legislador pueda crear una nueva legislación sin consignar expresamente cuál es el principio que la informa, no cabe, en cambio, admitir que el comentarista pueda prescindir de la determinación de tal principio... De aquí que la adopción de un determinado principio filosófico influya directamente en la determinación de la naturaleza jurídica de la disciplina que nos ocupa, y la que, consecuentemente, facilitará la interpretación de la ley especial que tutela."

En el mismo sentido, MOUCHET citado por SALAZAR REYES ZUMETA señala: "Cuando un supuesto de hecho se subsume en una norma y se revela qué deberes y derechos implica, se revela su naturaleza jurídica, es decir, el hecho visto como hecho jurídico, concebido como "todo acontecimiento humano o natural, voluntario o no, cuya realización origina la aplicación de una norma" SALAZAR REYES-ZUMETA, Leonel. "Aproximación Teórica a la Naturaleza Jurídica del de los Bienes" en *Red de Revistas Científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal*. Vol. IX, Núm. 13, enero-diciembre 2010, p. 51.

origina. El ejercicio sexual pertenece a la parte íntima de la persona humana y será regulado legalmente en cuanto tenga manifestaciones externas, si no es la procreación, que es lo que finalmente interesa al Estado, entonces debe permanecer en el ámbito privado.

Entre los beneficios que el matrimonio entre personas de diferente sexo significan para el Estado, a modo de resumen podemos indicar los siguientes³⁰⁴: a). El propósito público esencial del matrimonio es entrelazar a las madres y a los padres entre ellos y con su hijos, b) Permite a los niños conocer y ser conocido por sus padres biológicos, c) Sienta las bases para que los padres biológicos puedan cumplir sus funciones biológicas, legales y de cuidado en su hogar, d) Respecto a las parejas infértiles o que aún no tengan hijos, debemos analizar la situación no desde el punto de vista de los adultos, sino desde el punto de vista de los niños, no todas las parejas tienen hijos, pero todos los hijos tienen padres y toda pareja que se une en matrimonio se compromete a aceptar la tendencia a la apertura de la vida que el matrimonio en sí mismo significa, e) Todo niño tiene derecho a una relación con ambos padres y ningún niño puede defender ese derecho por sí mismo.

El Estado Peruano debe proteger estos derechos desde un punto de vista preventivo, no de restitución luego de ocurrido el daño.

Consideramos que si lo realmente querido es la regulación patrimonial en las relaciones entre personas del mismo sexo para asegurar su bienestar y estabilidad financiera, ésta puede lograrse en la esfera del derecho civil patrimonial, no hace falta elevarla al nivel de ninguna figura jurídica en especial, es contrario a derecho equipararlo a matrimonio y totalmente innecesario exigir el cambio de su estado civil.

³⁰⁴ En el mismo sentido ROBACK MORSE afirma: "Government recognizes marriage because it is an institution that benefits society in a way that no other relationship does. Marriage ensures the well-being of children. When government recognizes marriage, it protects children by encouraging men and women to commit to each other and to take responsibility for their children. Government recognizes, protects, and promotes marriage as the ideal institution for having and raising children. Promoting marriage doesn't ban anything. Adults are still free to make choices about their relationships, and do not need government permission to do so." ROBACK MORSE, Jennifer. *What you need to know about Marriage ,Questions & Answers Driving the Debate*. Booklet. [ubicado el 02. IV 2014] Obtenido en <http://www.ruthblog.org/2014/03/07/married-to-the-state/>.

En general, la protección en vida o para después de la muerte debe provenir de la voluntad de las partes, los convivientes buscan proteger a su compañero, por ello en el orden patrimonial deben buscar transmitir los bienes al otro o asegurar su futuro económico, diversos son los instrumentos que pueden ayudar a tal fin, entre ellos podemos citar la institución de heredero o pueden hacerlo a través de la compraventa, donación, en general cualquier disposición entre vivos de carácter gratuito u oneroso, con los límites establecidos por ley, ya que no debemos olvidar por ejemplo, la cuota de la legítima. Al respecto, si las parejas del mismo sexo no quieren contar con tales límites y por ello solicitan una regulación parecida a la del matrimonio, insistimos en que, sin razón discriminatoria alguna, no son merecedoras de tales beneficios por los motivos ya expuestos; y en ese sentido, de buscar una regulación que ampare como fundamento de sus deseos, su condición sexual de ninguna forma podría ser remotamente parecida a la figura legal del matrimonio.

CONCLUSIONES

- La familia no es una creación del derecho ni de la ley, que sólo la regulan, es obra de la naturaleza humana y se rige a fin de satisfacer necesidades y exigencias inherentes a la persona como ser individual y social. En ese sentido, la estructura familiar es no sólo formadora, sino constitutiva del ser del hombre, si ésta es de alguna forma alterada o tergiversada en sus cimientos, se generaría un obstáculo para el desarrollo de la identidad personal; y con ello el aspecto relacional del hombre se vería alterado, lo que repercute en sentido negativo en la sociedad y al bien común.
- La tarea más destacada del Estado es la de posibilitar a las familias que constituyan la comunidad estatal, el cumplimiento de las tareas que le son propias por naturaleza. Así, en el marco del derecho internacional, la familia es considerada como núcleo de la sociedad, al reconocer el derecho a casarse y fundar una familia, se verifica la unión inescindible entre matrimonio y familia, pero además se predica también una esencial relación de la familia con la necesaria atención a los niños y en mérito a ello goza del derecho al disfrute de la protección por parte del Estado.

- En el ordenamiento jurídico peruano se reconocen ciertos principios relativos a la familia: El principio de protección de la familia y el matrimonio, el principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho, el principio de protección especial de la niñez, adolescencia, maternidad y paternidad y el principio de igualdad de los hijos frente a sus padres. Bajo esta perspectiva, si bien nuestra legislación promueve el matrimonio, con el afán de no ser ajeno al contexto social y a los fenómenos que en el mismo se producen, considera como punto de partida necesario y urgente la protección a todas las formas de familias, aun cuando las mismas no tengan como base al matrimonio, pero siempre que compartan elementos constitutivos esenciales.
- Como bien sabemos, las políticas públicas son resultado del momento histórico que vive cada sociedad y los procesos derivados de su entorno sociocultural, político, ambiental y económico; como también, de los cambios y transformaciones que éstas generan. Sin embargo, la misión del Estado es coordinar subsidiariamente –no reemplazar- la actividad libre de las familias para que contribuyan al bien común y al perfeccionamiento integral de todos los miembros de la sociedad. Por ello es necesaria la implementación de políticas públicas con un enfoque familiar integral y no una política social de familia, se debe ver a la familia como sujeto activo de ayuda de la sociedad no partiendo de los males personales que nazcan en el interior de la dinámica familiar sino de la promoción de bienes que genera una familia funcional o medianamente funcional.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. ALZAGA, Óscar. *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Madrid, Edición del Foro, 1978.
2. BERNAL Aurora, *La familia como ámbito educativo*, Madrid, Rialp, 2009.
3. BLANCO, María. “Sobre el Matrimonio y su Naturaleza Jurídica” en *La Familia: Naturaleza y Régimen Jurídico en el Siglo XXI, Jornadas Internacionales de Derecho de Familia*, Lambayeque, Editora USAT, 2007
4. BLOCH, Ernst, *Derecho Natural y Dignidad Humana*, Madrid, Edición, estudio preliminar y notas de Francisco Serra traducido por Felipe Gonzáles Vicén, Madrid, Editorial Dykinson, 2011.
5. BURGOS, Juan Manuel, *Hacia un Nuevo Modelo de Familia*. Pensar la Familia: estudios Interdisciplinares, Madrid, Ediciones Palabra, 2001.
6. BUTTIGLIONE, Rocco. *La Persona y la Familia*, Madrid, Ediciones Palabra, 1999.
7. CALVO CHARRO, María. “Alteridad Sexual, la verdad intolerable. Ideología de Género y su repercusión en el hombre y la sociedad”. Colección Argumentos para el Siglo XXI, Editorial Digital Reasons, 2013.
8. CALVO CHARRO, María. *Alteridad Sexual, la verdad intolerable. Ideología de Género y su repercusión en el hombre y la sociedad*. Colección Argumentos para el Siglo XXI, Editorial Digital Reasons 2013
9. CÁRDENAS TÁMARA, Felipe. *Antropología y Ambiente: enfoques para una comprensión de la relación ecosistema-cultura*. Ambiente y Desarrollo: Serie de Investigación, Vol. V, Bogotá, Editorial de la Pontificia Universidad Javeriana, 2002.
10. CARRIGA CORINA, Margarita, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: un estudio legislativo y jurisprudencial*, Navarra, Aranzadi, 2000.
11. CHIESA, Pedro J. M. *El derecho frente a la procreación*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997.
12. CICCONE, Lino. *Bioética. Historia, principio y cuestiones*, traducido por Antonio Esquivias, Madrid, Ediciones Palabra, 2005.

13. CONEN Cristián y S. DE GRIMAU, María del Carmen. *La familia ante el siglo XXI: estudio interdisciplinario de la realidad argentina*, Buenos Aires, Instituto de Ciencias para la Familia Universidad Austral, 2000.
14. CORNEJO CHAVEZ Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, Tomo I, Lima, Editorial Studim, 1982.
15. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *El Derecho Familiar Peruano*, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2000.
16. CORRAL TALCIANI, Hernán. *Derecho y Derechos de la Familia*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2005.
17. CRUZADO BALCAZAR, Alejandro. "Desnaturalización oficial de la institución matrimonial", *VLex Internacional*, N° 5, enero 2010,
18. D'AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la familia*, traducido por Joan Carreras, Madrid, Rialp, 2006.
19. DONATI, Pierpaolo, *Manual de Sociología de la Familia*, Pamplona, EUNSA, 2003.
20. DURÁN Y LALAGUNA, Paloma. *Sobre el género y su tratamiento en las Organizaciones Internacionales*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2007.
21. ESCARTIN CÁPARROS, María José. *Introducción al Trabajo Social II*, Editorial Agua Clara. España, 1997
22. EUGENIO CACERES, Santiago. *La familia, clave del desarrollo*, Editora María Isabel Armendáriz, 2007.
23. GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo II. Madrid: EDESA, 1982
24. GIMENO COLLADO, Adelina, *La Familia: El desafío de la diversidad*, Barcelona, Editorial Ariel S.A, 1999.
25. GIRGIS, Sherif; T. ANDERSON, Ryan and ROBERT P & George. *What is Marriage? Man and Woman: A defense*. New York, Encounter Books, 2012.
26. GONZALES LUNA, María Alejandra. "Los Retos del Derecho ante las nuevas formas de Familia". *Comentarios a la Jurisprudencia*, Palestra del Tribunal Constitucional, Año 3, N° 03, Marzo 2008
27. J. MESSNER, *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, Madrid, 1967.
28. JIMENEZ GODOY, Ana Belén. *Modelos y Realidades de la Familia Actual*, Madrid, Editorial Fundamentos, 2005.

29. LA CRUZ BERDEJO, José Luis y otros. *Derecho de Familia: Elementos de Derecho Civil*. Tomo IV. 4ta Edición. Barcelona, José María Bosch Editor, 2010.
30. MARCONDES, Glaucia. “*La normalización jurídica de la familia, vida conyugal y reproducción en Brasil*”, Núcleo de Estudios de Población (NEPO), Universidad Estatal de Campinas
31. MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid, Editorial Rialp, 1996.
32. MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Derecho de Familia: El matrimonio como acto jurídico*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1995.
33. MEDINA, Graciela. *Uniones de Hecho, Homosexuales*, Buenos Aires-Argentina, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, 2001
34. MENDEZ COSTA, María Josefa. *Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia*, 1era Edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2006
35. MILLAN PUELLES, Antonio. *Léxico Filosófico*, Segunda Edición, Madrid, Ediciones Rialp, S.A., 2002
36. MONTOYA CALLE, Mariano Segundo. *Matrimonio y separación de hecho*, Lima, Editorial San Marcos, 2006.
37. MORANDÉ COURT, Pedro. *Familia y Sociedad: reflexiones sociológicas*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1999.
38. P. GROSMAN, Cecilia. “El Interés Superior del Niño”, en *Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y realidad*, 1era edición, Buenos Aires Editorial Universidad, 1988
39. PACHECO ZERGA, Luz. “La Conciliación de la Vida Familiar con la Profesional”, *La Familia: Naturaleza y Régimen Jurídico en el Siglo XXI, Jornadas Internacionales de Derecho de Familia*, Editora USAT, octubre 2007
40. PARRA BENITEZ, Jorge. *Manual de derecho Civil: Persona, Familia y Derecho de menores*, Editorial Temis S.A, Bogotá, 2002.
41. PERALTA ANDÍA. Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima, Editorial IDEMSA, 2002.
42. PERIS CANCIO, J.A. *Diez temas sobre los derechos de familia. La familia, garantía de la dignidad humana*, Primera Edición, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2002.

43. PLACIDO V. Alex F. *Manual de Derecho de Familia: Un Nuevo Enfoque de estudio de Derecho de Familia*, 2da Edición, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2002.
44. POLAKIEWICZ, Marta. "La infancia abandonada como una violación de sus derechos humanos personalísimos. El papel del Estado" en *Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y realidad*, 1era edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1988, p.
45. RAMÓN AYLLÓN, José. *Ética Razonada*, 9º Edición, Madrid, Editorial Palabra, 2012.
46. RECASÉNS SICHES, Luis. *Filosofía del Derecho*, 2da Edición, México D.F., Editorial Porrúa S.A. 1961
47. RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. *Adolescencia, Matrimonio y Familia: Un Estudio Interdisciplinario*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.
48. SALINAS ALONSO, Florinda, "*La mujer Visible. Feminismo para el Siglo XXI*", Colección Argumentos para el Siglo XXI, Editorial Digital Reasons, 2014.
49. SANTA MARIA D'ANGELO, Rafael. "La Reflexión Jurídica de Sergio Cotta y su Aporte al Derecho Contemporáneo" en *Derecho y Moral en el Debate Iusfilosófico Contemporáneo*, Primera Edición, Arequipa-Perú, Editora Universidad Católica San Pablo, 2010.
50. SANTA MARIA D'ANGELO, Rafael, *Dignidad Humana y "Nuevos Derechos"*, Lima, Editorial Palestra, 2012.
51. SCALA, Jorge. *Género y Derechos Humanos*, Ediciones Promesa Cultural, Costa Rica 2005.
52. TAURAN Jean-Louis. "*Los Derechos del Hombre y la Defensa Jurídica de la Familia*", 2do Enuentro Europeo de Políticos y Legisladores.
53. VILADRICH Pedro-Juan. *La Agonía del Matrimonio Legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*. Instituto de Ciencias Para la Familia, 4ta edición, Pamplona-Navarra, Editorial EUNSA, 2001.
54. VILADRICH Pedro-Juan. *La Agonía del Matrimonio Legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*. Instituto de Ciencias Para la Familia, 4ta edición, Pamplona-Navarra, Editorial EUNSA, 2001
55. VILADRICH, Pedro Juan, *La Familia. Documento 40 ONGs*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, 1º Edición, Madrid, Editorial Rialp, 1998.

56. VIVES SOTO, Leopoldo. "Familia y Sociedad: Construir una Cultura del Amor", *Misión de la familia en la Nueva Evangelización*, Madrid, Edice, 2007.

57. ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil: Derecho de Familia I*, Buenos Aires, Editorial Astrea 2006.

Normas Jurídicas

58. Constitución Política del Perú de 1979

59. Constitución Política del Perú de 1993

60. Decreto Supremo N°054-2011-PCM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 23 de junio de 2011.

61. Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA, publicada en el diario oficial El Peruano del 18 de julio de 2005

62. Decreto Supremo N° 081-2011PCM, publicado en el diario oficial El Peruano el 19 de octubre de 2011

Obras Publicadas por Institución

63. UNIVERSIDAD CATOLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO, *Jornadas Universitarias, 60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.*, Chiclayo, Editora USAT, 2008.

Tesis

64. MUGA GONZALES, Rossana Esther y VASALLO CRUZ, Kathya Lisseth. *Nuevos derechos y exigencias para el derecho de familia en el Perú.*, Tesis para optar el grado de Magíster, Lambayeque, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2012

Artículos Publicados en Obras Colectivas

65. BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet. "Análisis de la problemática socio jurídica de los hijos de las familias reconstituidas a la luz del Tribunal Constitucional", *Jus Jurisprudencia: Comentarios a la jurisprudencia y praxis jurídica*, Lima, Editorial Grijley, 2008, 10-27

66. BURGOS VELASCO, Juan. "¿Es la familia una institución natural?" en *Cuadernos de Bioética*, Volumen 16, N° 58, España, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, 2005. 359-374

67. LACRUZ BERDEJO, José Luis, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA. *"Elementos de derecho civil"*. Vol. IV. *Derecho de familia*. Barcelona: Bosch, 1990, 27-35

Artículos de Revista:

- 68.A. TOZZI, Piero; MARCILESE, Sebastián y MUGA GONZALES, Rossana. "El Activismo judicial en Latinoamérica. Análisis a raíz de la reciente jurisprudencia argentina proaborto". *El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia*. N°13.192, Año LI, Buenos Aires, 2013, 1-6.
- 69.AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "El principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, Año 6, N° 1, 2008, 223-247.
- 70.BAÑARES, Juan Ignacio. "Matrimonio, Género y Cultura", *Revista Ius Canonicum*, XLVIII, N° 96,2008, 415-431.
- 71.BERMUDEZ TAPIA, Manuel. "Redefiniendo el Derecho de Familia en la Tutela del Vínculo Familiar en la Jurisprudencia Peruana", *Revista de Derechos Fundamentales de la Universidad Viña del Mar*, N° 05, 2011, 43-62.
- 72.CASINI, Marina. "La Famiglia: Prima e Vitale Cellula Della Societa", *Revista de Investigación Jurídica USAT*, Año 02, Número 03, 2013, 1-19.
- 73.DE LAS FUENTES LINARES, José Cándido Francisco Javier. "La Protección Constitucional de la Familia en América Latina", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Vol. VI N° 29, México, Enero-Junio 2012, 60-76.
- 74.DELGADO V. Ana y RICAPA Z., Enrique. "Relación entre los tipos de familia y el nivel de juicio moral en un grupo de estudiantes universitarios", *Revista de Psicología de la Universidad Mayor de San Marcos*, Vol. 13, N° 2, 2010,153-174.
- 75.FRANCO PATIÑO, Sandra Milena y SANCHEZ VINASCO, Gloria Inés. "Las familias, ¿Un asunto de políticas públicas?, Estado del arte de las políticas públicas de familia en Colombia 1960-2005", *Revista Sociedad y Economía* N° 14, Mayo, 2008, 82-105.
- 76.GARZON VALLEJO, Iván Darío. "La Necesidad de una Nueva Fundamentación del Derecho", *Revista Persona y Cultura*, Número 3, Año 3, 1-31.
- 77.GRANDE ARANA, Juan Ignacio y HERRERA MOLINA, Miguel Ángel, "La Función del Derecho y del Estado sobre la Familia: Razón o Ideología", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Volumen I, Número 9, Mayo 2013, 55-71.
- 78.HERNANDEZ SIERRALTA, María Laura, "La mujer en el Derecho del Trabajo. De la Protección al fomento de la igualdad". 4to Congreso Internacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Memorias y Comunicaciones. *Revista del Derecho del Trabajo* N° 9, 2010, 75-125.

79. LANDO, Juan Carlos. “*La Institución del Matrimonio*”, *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo*, N° 60, Mayo 2010, 1-8.
80. MOMBERG ALARCON, Marcela, “*Familia Ensamblada y El interés Superior del Niño*”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 227-228, año LXXVIII, Enero-Diciembre 2010, 127-136.
81. MUGA CONZALES, Rossana Esther. “El denominado “Derecho a Procrear” y la Dignidad de la Persona Humana como Presupuesto de todo Derecho.”, *Revista de Investigación Jurídica*, Vol. VI, 2013, pp. 1-22.
82. PLACIDO, ALEX. “*El Modelo de Familia Garantizado con la Constitución de 1993*”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 71, Lima- Perú, 2013, 77-108.
83. SALAZAR REYES-ZUMETA, Leonel. “Aproximación Teórica a la Naturaleza Jurídica del de los Bienes” en *Red de Revistas Científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal*. Vol. IX, Núm. 13, enero-diciembre 2010, 50-71.

Recursos Electrónicos:

Obras publicadas por Institución:

84. CARREON, Francisco. “¿Un nuevo matrimonio en el Perú?” en *Libro de Especialización en Derecho de Familia*, Lima, Fondo Editorial del Poder Judicial, 2012, [ubicado el 15.IV.2014]. Obtenido en <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/96e584804e4d410f8601ff294bc3482d/Libro+de+especializaci%C3%B3n+en+derecho+de+familia.pdf?MOD=AJPERES>.
85. FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO, Opinión Técnica N° 001-2014-FD-UCSP, Arequipa 04 de abril de 2014 [ubicado el 10.V 2014] Obtenido en <http://ucsp.edu.pe/opinion-tecnica>
86. UNIVERSIDAD AUSTRAL. Bases para la Elaboración de las Políticas Familiares en Argentina. Argentina, Editorial del Congreso de la Nación, 2005, [ubicado el 15.III.2014] Obtenido en [http://web.austral.edu.ar/descargas/Bases Políticas Familiares Argentina.pdf](http://web.austral.edu.ar/descargas/Bases_Políticas_Familiares_Argentina.pdf).

Artículos de revista electrónicos:

87. AÑON ROIG, María José. “¿Una legislación para transformar la realidad social? A propósito de la Ley para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista Sociologa del Diritto*, 2008, pp. 11-38. [ubicado el 15.V 2014]. Obtenido en http://app.vlex.com/#WW/search/*/+Revista+Soci%C3%B3loga+del+Diritto%2C+2008.

88. CERDÁ, María Rosa y PAOLICCHI, Graciela. "Desarrollo Humano y Familia". Ficha de Estudio, Materia: Psicología Evolutiva Niñez, [ubicado el 25. IX. 2013], pp.1-24 Obtenido en http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/obligatorias/054_ninez2/material/familia.doc
89. GUERRA LÓPEZ, Rodrigo. *La familia en América Latina y el cambio epocal contemporáneo*, 2011, pp.1-22 [ubicado 26.I 2012]. Obtenido en <http://centrodelafamilia.uc.cl/Descargar-documento/1102-La-familia-en-AL-y-el-cambio-epocal.html>
90. NICOLAS LAFFERRIERE, Jorge Nicolás. "Los proyectos de Ley de Modificación del Código Civil y Legalización de las Uniones de personas del mismo sexo" en *El Matrimonio, un bien jurídico indisponible*. Publicación de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica Argentina, pp. 72-83 [ubicado el 15.II 2014] Obtenido en http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo13/files/El_matrimonio-un_bien_jur-dico_indisponible.pdf
91. RAMOS REQUEJO, Ramón. "La Familia como agente de socialización política". *Revista Electrónica Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, N° 09, 1990, pp. 85-99. [ubicado el 15.IV.2014]. Obtenido en http://www.aufop.com/aufop/uploaded_files/articulos/1227734105.pdf
92. ROBACK MORSE, Jennifer. *What you need to know about Marriage ,Questions & Answers Driving the Debate*. Booklet, pp. 1-9 [ubicado el 02. IV 2014] Obtenido en <http://www.ruthblog.org/2014/03/07/married-to-the-state/>
93. DE LA FUENTE Y HONTAÑO, Rosario. *Algunas reflexiones en torno a la Ley 30007: ¿Similitud o equiparación de los derechos hereditarios a los concubinos? ¿Una ley desfiguradora de la familia tradicional?* pp. 1-5 [ubicado el 10.III 2014]. Obtenido en <http://udep.edu.pe/cmsfiles/cont/5367/cont/files/Rosario%20de%20la%20Fuente.pdf>
94. LACRUZ BERDEJO citado por BEGOÑA CUENCA, Alcaine. "El marco jurídico de las Uniones de Hecho en España", Octubre, 2010 [ubicado el 10.III 2014]. Obtenido en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201010-3579518234528614.html>

Referencias Jurisprudenciales

Jurisprudencia Internacional

95. STC. C -595/96 del 06 de noviembre de 1996. {Expediente D-1267} [Ubicado el 15.III 2014]. El texto completo puede ubicarse en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-595-96.htm>

Jurisprudencia Nacional

96. STC 06572-2006-PA del 06 de noviembre de 2007 {Expediente número 06572-2006-PA/TC} [Ubicado el VI del 2014]. El texto completo puede ubicarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.html>
97. STC 09332-2006-PA del 30 de noviembre de 2007 {Expediente número 09332-2006-PA/TC}. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.html>
98. STC del 30 de abril de 20073 {Expediente número 0016-2002-AI/TC} [Ubicado el 15.III 2014]. El texto completo puede ubicarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.html>
99. STC 018-96-I del 29 de abril de 1997 {Expediente número 018-96-I/TC}. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00018-1996-AI.html>
100. STC 03605-2005-AA del 08 de marzo de 2007 {Expediente número 03605-2005-AA/TC}. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03605-2005-AA.html>
101. STC 2868-2004-AA del 24 de noviembre de 2004 {Expediente número 2868-2004-AA/TC}. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.html>.
102. STC 06572-2006-AA del 06 de noviembre de 2007 {Expediente número 06572-2006-PA/TC} El texto completo de la sentencia puede encontrarse en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.html>.
103. STC 09332-2006-PA del 30 de noviembre de 2007 {Expediente número 09332-2006-PA/TC}. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.html>-
104. STC 09332-2006-PA del 30 de noviembre de 2007 {Expediente número 09332-2006-PA/TC}. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.html>.
105. STC 09332-2006-PA del 30 de noviembre de 2007 {Expediente número 09332-2006-PA/TC}. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.html>

Normas Internacionales

106. JUSBRASIL: *Lei N° 10.406 – Código Civil*, 2014 [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02#art-754>
107. BUEN VIVIR: Plan Nacional 2013-52017, 2014, [ubicado el 20.III 2014]. Obtenido en <http://www.buenvivir.gob.ec/>
108. INFORMACION LEGISLATIVA Y DOCUMENTAL: Constitución de la Nación Argentina de 1994. 2014 [ubicado el 15.IV 2014] Obtenido en http://infoleg.mecon.gov.ar/?page_id=63
109. INFORMACION LEGISLATIVA Y DOCUMENTAL: *Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, 2014, [ubicado el 15. V. 2014] Obtenido en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>.
110. INFORMACION LEGISLATIVA Y DOCUMENTAL: Ley 26.233-Centros de Desarrollo Infantil. Promoción y Regulación, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina, 2014. [ubicado el 15. V. 2014]. Obtenido en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/125000-129999/127532/norma.htm>
111. INFORMACION LEGISLATIVA Y DOCUMENTAL: Ley 26.618 que modifica el Código Civil, 2014 [ubicado el 15. V.2014]. Obtenido en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=169608>.
112. INFORMACION LEGISLATIVA Y DOCUMENTAL: Sanción Ley 340-Código Civil Argentino. 2014 [ubicado el 15. V.2014] Obtenido en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/textact.htm>
113. JUS BRASIL: *Lei N° 10.406 – Código Civil*, 2014 [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02#art-754>.
114. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Convención sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966*, 2014 [ubicado el 20.III 2014]. Obtenido en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>:
115. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de 1969*, 2014 [ubicado el 20.III 2014] Obtenido en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/progreso.htm>
116. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989*. 2014 [ubicado el 20.III 2014] Obtenido en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>.

117. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976*, 2014 [ubicado el 20.III 2014].
Obtenido en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>
118. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre el consentimiento para contraer matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonios*, 2014 [ubicado el 15.IV.2014].
Obtenido en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/matrimonio.htm>
119. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 2014 [ubicado el 20.III 2014].
Obtenido en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
120. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*. 2014 [ubicado el 20. III. 2014].
Obtenido en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
121. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos (Carta de Banjul)*, 2014 [Ubicado el 20.III 2014].
Obtenido en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/jurisprudencia/sistema_africano.asp
122. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: Constitución de la República del Ecuador de 2008. 2014. [ubicado el 15.IV.2014]
Obtenido en http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_const.pdf
123. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: *Decreto-Lei Nº 2.848-Código Penal Brasil*, 2014. [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en: http://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra-int-text-cp.pdf.
124. PLANALTO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA: *Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988*. 2014. [ubicado el 22. III. 2014]
Obtenido en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
125. PLANALTO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA: Lei Nº 8.971, 2014 [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm.
126. PLANALTO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA: Lei Nº 11.441, 2014. [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm
127. PLANALTO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA: Lei Nº 3.071, 2014. [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm
128. PLANALTO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA: Lei Nº 6.515, 2014, [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm

129. PLANALTO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA: Lei N° 9.278, 2014 [ubicado el 22.III 2014]. Obtenido en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm.
130. THE UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND: *Convención sobre los derechos del niño*, 2014 [ubicado el 10.III 2014]. Obtenido en http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30160.html

Normas Jurídicas Nacionales

131. Constitución Política del Perú, [ubicado el 20. III. 2014]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>.
132. Código Civil Peruano de 1852. [ubicado el 15.V 2014]. Obtenido en http://www.notarioslalibertad.org/Jurisprudencia/Normas_Historicas/Codigo_civil_de_1852.pdf
133. Código Civil Peruano de 1936. [ubicado el 15.V 2014]. Obtenido en <http://es.scribd.com/doc/51134898/Codigo-Civil-de-1936>.
134. Código Civil Peruano de 1984. [ubicado el 15.III.2014] Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>
135. Decreto Supremo 009-2006-MIMDES: Dispone la implementación de lactarios en instituciones del sector público donde laboren veinte o más mujeres en edad fértil. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_009_2006_MINDES.pdf.
136. Decreto Supremo N° 002-2007-MIMDES. Dispone la implementación y funcionamiento de servicios de cuidado diurno a través de las Cunas o Wawa Wasi Institucional en las Entidades de la Administración Pública. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en [http://dgffs.minag.gob.pe/pdf/normatividad/2007/decreto/DS.%20N%C2%BA%20002-2007-MINDES\(Implem.,.%20de%20Wawa%20Wasi%20\).pdf](http://dgffs.minag.gob.pe/pdf/normatividad/2007/decreto/DS.%20N%C2%BA%20002-2007-MINDES(Implem.,.%20de%20Wawa%20Wasi%20).pdf)
137. Decreto Supremo N° 005-2011-TR: Decreto Supremo que Reglamenta la Ley N° 26644. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/2011-05-17_005-2011-TR_1470.pdf.
138. Decreto Supremo N° 005-90-PCM: Regula el Decreto Legislativo N° 276 [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.unsa.edu.pe/control_interno/docs/1_normaslegales/ds_005_90.htm.

139. Decreto Supremo N° 005-90-PCM: Regula el Decreto Legislativo N° 276 [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.unsa.edu.pe/control_interno/docs/1_normaslegales/ds_005_90.htm.
140. Decreto Supremo N° 014-2010-TR: Reglamento de la Ley N° 29409. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.inpe.gob.pe/pdf/asistencias/D.Supremo.014-2010-TR.pdf>.
141. Decreto Supremo N° 014-2010-TR: Reglamento de la Ley N° 29409. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.inpe.gob.pe/pdf/asistencias/D.Supremo.014-2010-TR.pdf>.
142. Decreto Supremo N° 065-2011-PCM: Decreto Supremo que establece modificaciones al Reglamento del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/DS%20065-2011-PCM.pdf>.
143. Decreto Supremo N° 065-2011-PCM: Decreto Supremo que establece modificaciones al Reglamento del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/DS%20065-2011-PCM.pdf>.
144. Decreto Supremo N° 001-2005-DE/SG: Aprueba el Reglamento de la Ley N°28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/9e90a7d61e51a8e705257917005dbd09/\\$FILE/NL20050127.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/9e90a7d61e51a8e705257917005dbd09/$FILE/NL20050127.pdf).
145. Decreto Supremo N° 009-2004-TR: Norma que reglamenta la Ley N° 28048. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.mintra.gob.pe/contenidos/archivos/sst/DS_009_2004_TR.pdf.
146. Directiva N° 073-2006-DINEBR-DEI. Normas Sobre Organización y Funcionamiento de las Cunas de Educación Inicial. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo de la directiva se puede encontrar en <http://www.minedu.gob.pe/normatividad/directivas/dir073-2006-DINEBR-DEI.pdf>
147. Ley 27240: Ley que otorga permiso por Lactancia materna [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.mintra.gob.pe/contenidos/archivos/prodlab/Ley%2027240%2023-12-99.pdf>

148. Ley 27240: Ley que otorga permiso por Lactancia materna [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.mintra.gob.pe/contenidos/archivos/prodlab/Ley%2027240%2023-12-99.pdf>
149. Ley N° 26644: Precisan el goce del derecho de descanso pre-natal y post-natal de la Trabajadora Gestante. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.inpe.gob.pe/pdf/asistencias/Ley%20No.%2026644%2027-06-96.pdf>.
150. Ley N° 26772: Disponen que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/discapacidad/leyes/26772.htm>.
151. Ley N° 27270: Ley contra actos de discriminación. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/Ley%2027270.pdf>.
152. Ley N° 27409: Ley que otorga licencia laboral por adopción. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/2001-01-25_27409_749.pdf.
153. Ley N° 27606: Ley que modifica la Ley N° 26644, estableciendo la extensión del Descanso Postnatal en los casos de nacimiento múltiple. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <ftp://ftp2.minsa.gob.pe/normaslegales/2001/L27606-2001.pdf>.
154. Ley N° 28983: Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.minedu.gob.pe/files/2083_201202211120.pdf.
155. Ley N°28542. Ley de Fortalecimiento de la familia. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/28542.pdf>
156. Ley N° 23284: Ley de Unidad Familiar. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/Ley%2023284.pdf>
157. Ley N° 28048: Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/Ley%2028048.pdf>.

158. Ley N° 28308: Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.defensaidl.org.pe/leg_peru/defensa/04/03/03.pdf.
159. Ley N° 29409: Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la Actividad Pública y Privada. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/29409.pdf>.
160. Ley N° 29896: Establece la implementación de lactarios en las instituciones del sector público y privado promoviendo la lactancia materna. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/29896.pdf>.
161. CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU: *Ley que modifica los artículos 326°, 724°, 816° y 2030° del Código Civil, el inciso 4 del artículo 425 y el artículo 831 del Código Procesal Civil, los artículos 35,38 y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho.* 2014 [Ubicado el 15.V 2014]. Obtenido en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/30007.pdf>
162. Ley N° 30007 que Reconoce Derechos Sucesorios a Uniones de Hecho, [ubicado el 15.V 2014]. Obtenido en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/30007.pdf>